الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح

شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبد الله بن أبي الدم

وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه

محمد محمد تامر

المجلد السادس

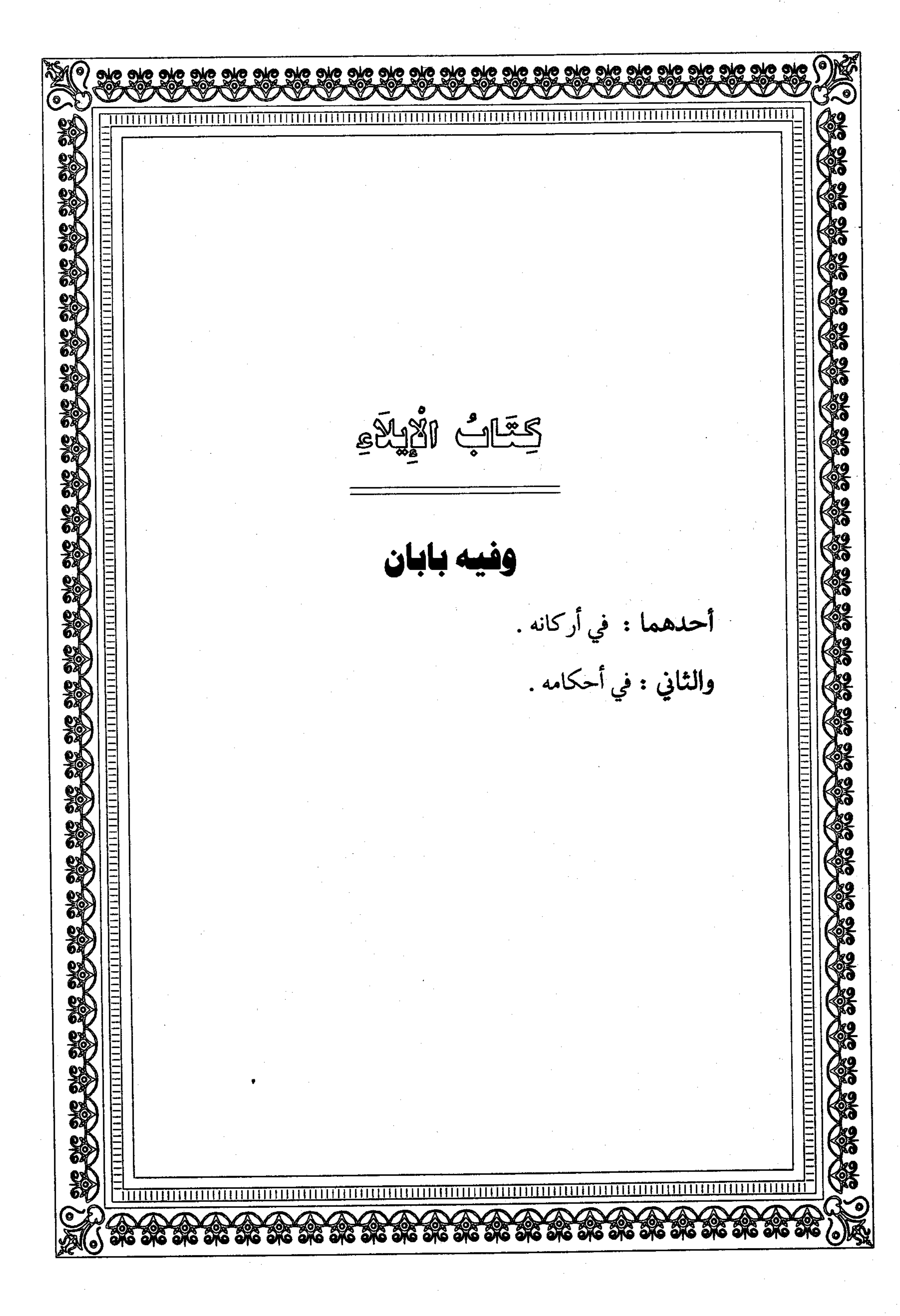
دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار
120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية
ت 5932820 - 2704280 - 2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417هـ - 1997م

رقم الإيداع 96/13868
الترقيم الدولي I.S.B.N.
977-5147-73-5



كِتَابُ الْإِيلَاءِ

وفيه بابان

أحدهما : في أركانه .

والثاني : في أحكامه .

الباب الأول
في أركانه

وصُورته أنْ يقول لزوجتِه : واللّهِ ، لا أُجامِعُكِ . ولقد كان هذا طلاقًا في الجاهلية ، ثم غَيَّر الشرعُ حكمَه ، وقضى بأنَّ الزوجَ بعد مُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ ، يُجْبَر على الوطْء أو الطلاق .

والإيلاءُ في اللغة مُشتقٌّ من « الأَلِيَّة » وهي الحَلِف ، ولكنْ عُرْفُ الشرعِ خصَّصَه باليمين المعقودة [١] على الامتناع من وطء المنكوحة .

وأركانه أربعةٌ : الحالف ، والمحلوف به ، والمحلوفُ عليه ، والمدة المحلوف فيها [٢] .

الرُّكْنُ الأولُ
الحَالِفُ

وهو كل زوج يُتَصَوَّر منه الجماع . فقولُنا : (زوج) يشمل أصنافَ الأزواج ، من المسلم ، والكافر ، والحرّ ، والعبْد . وأبو حنيفة (رحمه الله) وإن خالف في ظِهار الذّمّيّ ، فقد وافق في صحة إيلاء الذّمّيّ [٣] .

ثم إذا رُفع الذميُّ إلينا ، حَكَمْنا عليه بحكم الإسلام حتى في إيجاب الكفارة .

ويخرج عن الضابط قولُ الرجل / لأجنبيةٍ : والله لا أُجامعكِ أبدًا ، فإنه إذا نكحها لم يكن [٤] ٢٠٣/أ

---

(١) في الأصل : « باليمين المعقود » والصواب ما في (أ) ، (ب) ؛ إذ لفظ « اليمين » مؤنث ، فيجب تأنيثُ وَصْفِه .

(٢) في (ب) : « بها » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الذميّ يصح منه الإيلاء . وهو مذهب أبي حنيفة والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥/٢١٧) . الوجيز (٢ / ٧٢) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٦٢) . طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف ص (١٣٠) . مختصر الطحاوي ص (٢١١) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٨) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يصح إيلاء الكافر . لكن لو رضي الذمي في الإيلاء بحكمنا ، حكمنا عليه بذلك . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٨١) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢ / ٤٢٦) ، (٢ / ٤٣٠) . أحكام القرآن لابن العربي (١ / ١٨١) وما بعدها .

(٤) في (أ) : « لم يَصِرْ » .

مُؤليًا وإن كان الضرار حاصلًا ، ولكن الإيلاء كان طلاقًا وتصرفًا في النكاح ، فَغُيِّر حكمُه دون أصله ؛ فلا يصحُّ من الأجنبي ، وليس كلُّ ضررٍ يُدْفع ، وإنما المدفوع إضرارٌ من الزوج في حالة [1] الزوجية . وقد ذكر صاحبُ « التقريب » [2] وجهًا غريبًا أن هذا إيلاءٌ . ولا يتجه إلا على قول غريب حكاه أيضًا في تعليق الطلاق بالملك على موافقة أبي حنيفة (رحمه الله) [3] ، وهو غيرُ صحيح .

وأما الإيلاء عن الرجعية فصحيحٌ ، وإنما يُفيد إذا راجعها ؛ لأن العائد هو حِلُّ النكاح الأول ، فهي في حكم الزوجات .

وأما قولنا : (يُتصوَّر منه الجماع) : فيدخل فيه المريضُ المدنف [4] ، والخصيُّ ، والمجبوبُ بعضُ ذكرِه ، فيصحُّ إيلاءُ جميعهِم ؛ لإمكان الوطء منهم على حال . فأما الذي جُبَّ تمامُ ذكَرِه ، فقد اختلف فيه النصوصُ ، وللأصحاب [فيه] [5] طرقٌ . ومنهم من قال : قولان ، ووجهُ صحتِه : أنه إضرارٌ باللسان ، فيمكنُه الفيئةُ باللسان ، والاعتذارُ بالعجز ، كما في المريض . ومنهم من قطع بالبطلان [6] ، وقال : القولان فيه [7] إذا حلف ، ثم جُبَّ [8] .

---

(١) في (أ) : « حالية » .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) والقول الغريب الذي حكاه هو أن هذا يُعَدُّ إيلاءً مع أنه مع أجنبية . وهذا تخريج منه على تصحيح تعليق الطلاق بالملك ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم تزوجها تكون طالقًا . وهذا غير صحيح وغير معتد به عند الشافعية . أما عند الحنفية فصحيح ، إذ صححوا تعليق الإيلاء . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٩) . الفقه الإسلامي (٧ / ٥٤٠) .

(٤) في (أ) : « المريض والضعيف المدنف » . والمريض المدنَف هو الذي لازمه المرض . ويقال أيضًا : « الدَّنِف » . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٠٨) مادة (د ن ف) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وهو المذهب كما في الروضة (٨ / ٢٢٩) .

(٧) في (أ) : « فيما » .

(٨) وهذا لا يبطل إيلاؤه على المذهب . انظر الروضة (٨ / ٢٢٩) .

ومنهم من قطع [القول] [١] بأنه - وإن جُبَّ بعد الحلف - أنه يبطل الإيلاءُ ؛ (٢ لأنه أيضًا حصل اليأسُ من الحنث ، فهو كما لو قال : إن وطئتكِ فعبدي حرٌّ ، فمات العبدُ ، فإنه يبطل الإيلاء ٢) ؛ لحصولِ اليأس .

ثم إيلاءُ الرتقاءِ والقرناءِ ، كإيلاء المجبوب فيُخَرّج على [٣] الخلاف .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) في الأصل : « عن » وما أثبته من (أ) ، (ب) ، وهو أليق .

الركن الثاني

المحلوف به

والنظر فيه في ستةِ أقسام :

القسم الأول : الحلفُ بالله أو بصفةٍ من صفاته - وهي الأصل [(١)] - وفيه مسألتان :

إحداهما : أنه لو وطيء ، هل يَلزمه كفارةُ اليمين ؟ الجديد - وهو القياس - أنه يلزمه ؛ لأنه حنث في يمين بالله تعالى [(٢)] . وفي القديم قولان . ووجهُه أن الإيلاء كان طلاقَ الجاهليةِ ، فغيَّره الشرعُ وجعلَه موجبًا للطلاق بعد مُدة ، [(٣] فكان حكمه بضرب المدة [٣)] . وإيجابُ الطلاقِ بدلٌ عن الكفارة ، ويشهد له [(٤)] قولُه تعالى : ﴿ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [(٥)] فإن هذا لا يُشعر بلزوم الكفارة ، بل يُشْعر بأنه يوجبُ المغفرةَ والرحمةَ . نعم ، لو حلف على أن لا يطأها ثلاثةَ أشهرٍ ، [(٦] تلزمه كفارةُ اليمين إذا حنث [٦)] ؛ لأن هذا ليس بإيلاءٍ ، وقيل بطَرْد القول القديم فيه أيضًا ، وهو بعيدٌ .

المسألة الثانية : أن صحة الإيلاء ، هل تختصُّ باليمين بالله تعالى أم يصحّ بالتزام العبادات ، وتعليق الطلاق ، وغيره ؟ الجديدُ : أنه لا يختص [(٧)] ؛ لأنه منوطٌ بالإضرار ، والإضرارُ لانقطاعِ رجاءِ المرأةِ ، ورجاؤها ينقطع إذا ظهر مانعٌ للزوج ، وكما أن خوف الكفارة يمنع ، فكذلك خوف هذه اللوازم . وتوجيه القديم : أن الإيلاء ، مأخوذٌ من عادة

---

(١) في (ب) : « وهو الأصل » .

(٢) انظر : الأم (٥ / ٢١٧) .

(٣) في (أ) : « فكان حكمه - بَعْدُ - ضرب المدة » . والمدة هي أربعة أشهر ، كما في قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نسائهم تَرَبُّصُ أربعةِ أشهرٍ ، فإنْ فاءوا فإن اللّهَ غَفُورٌ رحيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] .

(٤) في (أ) : « لذلك .. » .

(٥) من الآية (٢٢٦) من سورة (البقرة) .

(٦) في (أ) : « تلزمه الكفارة إذا حنث » . وفي (ب) : « تلزمه الكفارة إذا وطيء » .

(٧) انظر الأم (٥ / ٢٦٦) .

العرب – وهي اليمين بالله تعالى عندهم – فلا ينبغي أن يتصرف فيه بالمعنى . ولا تفريع بعدَهذا على هذا القول أصلًا .

فرع : لو كرّر الإيلاءَ بعد تخلُّلِ فَصْلٍ ، وقال : أردت التأكيدَ ، قُبِلَ على أحد الوجهين ؛ لأنه إخبارٌ ، فأشْبَهَ الإقرارَ دونَ الإنشاء ، وكذا في تعليق الطلاق خلافٌ مُرَتَّب ، وأولى بأن لا يُقبل ؛ لأنه بالإنشاءِ أشبَهُ .

القسم الثاني : في الحلف بالتزام العبادات . فإذا قال : إذا جامعتك فللّه عليّ صومٌ ، أو صلاةٌ ، أو عتقُ رقبة ، أو تصدُّقٌ بمالٍ : فهو مُؤْلٍ ، فإذا حنث ، ففيما يلزمه ، الأقوالُ المعروفةُ في يمين الغضب واللجاج [1] . نعم ، لو قال : إنْ وطئتكِ ، فللّهِ عليَّ صومُ هذا الشهرِ ، لم يصحَّ الإيلاءُ ؛ لأن المطالبة تتوجَّه بعد انقضاءِ الشهر وانحلالِ اليمين .

القسم الثالث : الحلف بالعتق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إن جامعتك ، فعبدي حرٌّ ، فمات العبدُ – أو باعه ، أو أعتقه – انحلَّ الإيلاءُ بعد انعقاده ؛ لأنه خرج عن التعرض لالتزام شيء بالوطء . ولو قال : إن جامعتك فعبدي حرٌّ قبله بشهر ، صار مُؤليا ، ولكن تحسب مدة الإيلاء بعد مُضِيِّ شهرٍ ، فتكون المطالبة في الشهر السادس ؛ إذ لو وطىءَ في الشهر الأول ، لم يلزْمه شيءٌ ، فإن العتق لا يمكن تقديمُه على اللفظ ، فبعدَ تمامِ الشهر يتعرض للالتزام ، فلو باع العبدَ في منتصف الخامس ، طُولب في

---

(١) لجّ في الأمر « لجَجًا » و « لَجاجا » . واللجاج هو تماحك الخصمين وتماديهما . ويمينُ الغضب واللجاج ، هو أن يقول أحد الخصمين للآخر : إن فعلتَ كذا فعليَّ كذا ، وهو يمينٌ ، لا يَقْصد به البرَّ والتقرب إلى اللّه تعالى ، بل يقصد بذلك مَنْعَ نفسه مما حلف على فعله أو تركه . وفيما يلزمه ثلاثة أقوال في المذهب الشافعي :

(الأول) : وجوب ما التزمه والوفاءُ به .

(الثاني) : تجب كفارة يمين ؛ لأنه قصد بهذا القول المنع النفس من الفعل أو الترك فهو كاليمين .

(الثالث) : التخيير بين الوفاء بما التزمه أو أداء الكفارة ؛ لاحتمال اللفظ للنذر والكفارة .

والقول الأول هو الأقوى في المذهب ، والثاني أشهرُ . انظر : الغاية القصوى في دراية الفتوى (٢ / ١٠٠٢) . المصباح المنير ص (٢ / ٨٤٦) . القاموس المحيط ص (٢٦٠) مادة (ل ج ج) .

السادس ؛ لأنه لو وطىء ؛ لَتبينَّ بطلانُ البيعِ وتقدّم العتق عليه . ولو تركت المطالبة حتى انقضى من وقت البيعِ شهرٌ كاملٌ : سقطت المطالبة ؛ إذ سقط التعرضُ التزام .

الثانية : إذا قال : إن وطئتكِ فعبدٌ حُرّ عن ظهاري – وكان قد ظاهر – صار مؤليا ، وعند الوطء يُعتق العبدُ عن الظهار ، ويكون الالتزامُ الجديدُ في الإيلاء ، تعيينَ العبد ، وتعجيلَ العتق ؛ فإن ذلك لم يُوجِبْه الظهار . وفيه وجهٌ : أنه يعتق ولا ينصرف إلى الظهار ؛ لأنه يتأدّى [1] به حقُّ الحنث ، فلا يتأدى به حقُّ الظهار. وطردوا هذا فيما لو قال : « إن دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ عن ظهاري ، وهو بعيدٌ ؛ فإن التعليق ليس فيه إلا إضافة العتق إلى زمان ، فهو كالتنجيز .

أما إذا لم يكن قد ظاهر فلا يكونُ مُؤْليا بينه وبين الله تعالى . ولو وطيء لم يعتق عبده ؛ لأنه قال : أنتَ حرٌّ عن ظهاري ، ولا ظهارَ ، ولكن [2] في الظاهر يجعل مُقِرًّا / بالظهار ، ويُعتق عبده عند الوطء ، ويُجعل مُؤْليا لذلك . ٢٠٣/ب

الثالثة : إذا قال : إن جامعتكِ فعبدي حرٌّ عن ظهاري إن تظهَّرتُ [3] . فهذا تعليقٌ لعتق العبد بصفتين : بالوطء والظهار [4] ، وحكمُه أنه لو وطيء أوّلا لم يعتق ، ولكن يتعرض للزوم لو ظاهَرَ ، فيعتق العبد لا على [5] جهة الظهار ؛ [6] لأنه قدَّم [6] تعليقَه على الظهار ، فلا ينصرف إليه . ثم قالوا : لا يصير مُؤْليا في الحال ، ولكن لو ظاهر أولا صار مُؤليا ؛ لأنه صار العتق متعلّقا بالوطء . ثم قالوا : « إنه يعتق لا من [7] جهة الظهار » ؛ وهذا فيه نظر ؛ لأنه إذا لم ينصرف إلى الظهار ، فينبغي أن لا يعتق ، كما إذا قال : أنت حر عن ظهاري ، ولم يكن قد ظاهَرَ ، فإنه لا يعتق باطنًا كما ذكرناه . ثم إذا لم يعتق لا يصير [8] مؤليا ؛ لأنه لا التزامَ ، إلا أن يقال : يُلغى قولُه : عن ظهاري ؛ لأنه جعل العتق محالًا ، وبَقِي قولُه : أنت حر ، فهذا له احتمالٌ ، ولكن في

---

(١) في (ب) : « تأدّى .. » .

(٢) في (أ) : « لكنه » .

(٣) في (ب) : « إن ظاهرتُ » .

(٤) قوله : « بالوطء والظهار » ساقط من (أ) .

(٥) في (أ) : « .. عَنْ .. » .

(٦) في (أ) : « لأنه قد تقدم » .

(٧) في (ب) : « .. عَنْ .. » .

(٨) في (أ) : « فلا يصير » .

المسألتين جميعًا ، أعني في التعليق [١] ، وفي قوله : أنت حر عن ظهاري ، إذا لم يكن قد ظاهر .

الرابعة : إذا قال : إن جامعتك فللّهِ عليّ أن أعتق هذا العبدَ عن ظهاري ، فكونُه مُؤليا ينبى على أن العبد هل يتعين بالنذر ويُعْتق بعتقِ سَبَقَ لزومُه ؟ فيه خلافٌ سيأتي في النذور .

القسم الرابع : في الحلف بالطلاق . وفيه مسائل :

إحداها : أنه لو قال : إن وطئتك فأنت طالقٌ ثلاثًا ، فهو مُؤلٍ على الجديد ، ثم يُطَالب بالفيئة أو تنجيزِ الطلاق . ويقال له في الفيئة : عليك تغييب الحشفة ، والنزع في الحال متصلًا بالتغييب من غير مكْثٍ ، فإنه يقع به الثلاثُ وتحرُمُ . ويقع النزعُ في حال التحريم ، ولكنه كالخروج من المعصية ، فلا بأسَ به . وقال ابن خيران : يحرم الوطءُ ؛ إذ وصْلُ النزعِ [٢] غيرُ ممكنٍ . ويتجِهُ مذهبُه أيضًا ؛ فإن النزع أيضًا نوعُ مماسَّةٍ ، والخروجُ عن الملك المغصوب جائزٌ للضرورة ، ولكنْ تعريضُ النفس لمثلِ ذلك - بالاختيار - غيرُ جائز .

فرع : لو قال لغير المدخول بها : إن وطئتك ، فأنت طالق ، فهو مؤلٍ [٣] ، فإن [٤] وطئها وقع الطلاقُ رجعيا وإن كان الطلاق مقارنًا للوطء غَيْرَ متأخرٍ عنه ؛ لأن الوطءَ مقرِّرٌ [٥] ، والطلاقُ مُبِينٌ - فقد اجتمعا - فغلب جانبُ تقرير النكاح .

الثانية : إذا قال : إن وطئتك فضَرَّتُكِ طالقٌ ، فهو مُؤلٍ ، فإن أبان الضَرَّةَ انقطعَ الإيلاءُ ؛ لزوالِ الالتزام . فإن جدَّد نكاحها وقلنا بعود الحنث : عاد الإيلاءُ ، فتُبْنى المدة على ما مضى من المدة قبل الطلاق ، وما تخلَّلَ في مدة الإبانة لا يُحسب ، ولا تستأنف المدة بخلاف الردة والرجعة إذا طرءَا ، كما سيأتي .

الثالثة : إذا قال : إن وطئتُ إحداكما فالأخرى طالقٌ ، فهو مؤْلٍ ، قال ابنُ الحداد : إذا مضت المدةُ ، وجاءتا إلى القاضي طالبتينِ ، طلّق القاضي إحداهما على الإبهام ، ثم إن كان

---

(١) في (ب) : « العتق »

(٢) في (ب) : « التزويج » .

(٣) في النسخ الثلاثة : « مؤلي » .

(٤) في (أ) : « فلو » .

(٥) في (ب) : « تقرر » .

الزوج قد نوى إحداهما ، نُزِّل على المنويّة ، وعلى الزوج البيانُ . وإن كان قد أبهم بقي مُبهما ، ووجب على الزوجِ التعيينُ . فلو قال قبل التعيين : راجعت التي صادفها الطلاقُ ، ففي صحة الرجعة مع الإبهام وجهان ، والأصح : أنها إذا لم تقبل التعليق ، فلا تقبل الإبهام . قال القفال : غلطَ ابنُ الحداد ؛ لأن الدعوى لا تصح مُبْهَمًا [١] ، وهما معترفتان بالإشكال ، وهما كرجلين قالا عند القاضي : لِأحدِنا على فلانٍ ألفٌ ، فإنه لا يُسْمع . لكن يتجه لابن الحداد أن الضرار [٢] قد تحقق بهما [٣] ، ولابُدّ من الرفع عنهما .

القسم الخامس : في اليمين التي تقرب الوطءَ من الالتزام . وفيه صيغ :

الأولى : إذا آلى عن نسوة فقال : واللهِ لا أُجامعكنَّ ، فإنما تلزمه الكفارة إذا جامع جميعَهن ، فلا تتعلق كفارةٌ [٤] بوطءِ واحدةٍ ، ولكن يتعلق به القربُ من الحنث بوطء الباقيات ، فالجديدُ : أنه لا يصير مؤليا حتى يطأ ثلاثًا منهنَّ فيصير مؤليا في حقّ الرابعة ؛ إذ تتوقف الكفارة على وطئها [٥] . والقولُ القديم : أنه مؤلٍ ؛ لأن القرب من اللزوم محذورٌ كأصل اللزوم [٦] . فعلى هذا ، لو وطىء واحدةً سقط إيلاؤها دون البواقي ، وكذلك لو طلق واحدة . أما إذا ماتت [٧] واحدة سقط إيلاءُ الكلِّ ؛ إذْ حصل اليأسُ عن جماع جميعهن ، وبه يقع الحنث .

الصيغة الثانية : أن يقول : والله ، لا أجامع كلَّ واحدةٍ منكنّ ، فهذا إيلاءٌ ؛ إذ يتعلق الحنث بكل واحدة . ولو قال : لا أُجامع واحدةً منكنَّ ، فله ثلاثة أحوال :

(إحداها) : أن يُريد به لزومَ الكفارة بواحدةٍ - أي واحدةٍ كانت على العموم - فهو مؤلٍ ؛ إذ ما من واحدةٍ يطؤها إلا وتلزمه الكفارةُ . ولكن إذا وطىء واحدةً انقطع إيلاءُ الباقياتِ ؛ إذ

---

(١) في (ب) : « منهما » .
(٢) في (ب) : « الضرر » .
(٣) في نسخة أخرى (ج) : « قد لحق بهما » كذا على هامش الأصل .
(٤) في (أ) : « الكفارة » .
(٥) انظر الأم (٥ / ٢٦٩) .
(٦) انظر القول القديم في مختصر المزني ص (١٩٩) .
(٧) في الأصل « مات » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

اليمينُ لا يتناول إلا / واحدة . ٢٠٤/أ

(الثانية) : أن يقول : أردتُ واحدةً معينةً مبهمةً وعليَّ تعيينُها ، أو قال : نويتُ واحدةً بعينها ، وعليَّ بيانُها : انعقدَ الإيلاءُ كذلك ، ويُطالب بالبيان أو التعيينِ . وقال الشيخ أبو علي : لا إيلاءَ ؛ لأن كلَّ واحدة ترجو أن لا تكون هي المرادةَ أو المعينةَ بالإيلاء ، فكيف يساوي هذا اليأس المحقق في معينة . وهذا متجِهٌ [١] إن اعترفت بالإشكال ، فإن ادّعتْ أنه عناها – وَجَبَ عليه الجوابُ لا محالة .

ثم إذا لم يكن قد عينَّ – فعينَّ – فتحسبُ المدةُ من وقت التعيين ، أو من وقت اليمين ؟ فيه خلافٌ ينبني على أن الطلاق المبهم ، متى قع ؟ كما ذكرناه في الطلاق .

(الحالة الثالثة) : أن يُطْلِقَ هذه الصيغةَ ، فعلى أيِّ المعنيين يُحمل [٢] ؟ فيه وجهان ؛ لتعارُضِ الاحتمالين .

الصيغة الثالثة : إذا قال : والله ، لا أُجامعكِ في السنة إلا مرةً واحدةً ، فالوطءُ يُقَرِّبُه من الحنث ، فيكون مؤليًا على القديم دون الجديد . وعلى الجديد : إذا وطئها صار مؤليا ، [٣] فينظر إلى بقية المدة من السنة ، فإن كانت دون أربعة أشهر فليس بمؤلٍ ، وإن زاد صار مؤليا [٣] من وقت الوطء . ولو قال : والله ، لا أُجامعك في السنة إلا مائة مرة – أو ألف مرة – فحكمُه حكمُ المرة الواحدة ، لا تختلف بالكثرة والقلّة .

الصيغة الرابعة : إذا قال : إن جامعتك مرةً ، فوالله ، لا أُجامعكِ بعدها [٤] ، فهذا تعليقُ يمينٍ بالوطء : فمنهم من قطع بأنه ليس مؤليا ؛ لأنه ليس بحالفٍ في الحال حتى يطأها [٥] مرة . ومنهم من خرّج على القولين ؛ لأن الوطء يُعرّضه لِأَنْ يصير حالفًا .

(١) في (ب) : « يتجه .. » .

(٢) يعني يُحْمل على التعميم أو التخصيص بواحدة . والأصح هو الحملُ على التعميم ، وبه قطع الإمام البغوي (رحمه الله) كما في روضة الطالبين (٨ / ٢٤١) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : « بعده » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « حتى يطأ .. » .

ولو قال : إن وطئتك فأنت طالقٌ إن دخلتِ الدار ، قال القاضي : هو مُؤْلٍ قطعًا ؛ لأن الوطء يَصير مانعًا لها عن الدخول (١) ، ومنهم من خرج على القولين ؛ إذ لا فرقَ بين المسألتين .

فرع : إذا قال : إن وطئتك ، فوالله لا أطؤك ، فغيَّبَ الحشفةَ ، ثم عاد إلى الإيلاج ثانيًا ، ففي لزومِ الكفارة خلافٌ . والأوْجَهُ : أنّ الوطء يتناول جميعَ الإيلاجات . فلا يحنث بالوطأة الأولى ، ويلتفت إلى خلاف في وجوب المهر ، إذا كان المعلّق به ثلاث طلقات .

القسم السادس : في شروط لفظ الإيلاء . وفيه مسائل :

الأولى : أن الكناية لا تتطرّق إلى لفظ اليمين من الإيلاء ، فلو آلى عن امرأة ، ثم قال لأخرى : أَشركتُكِ معها ، لم يَصِرْ مؤليًا ؛ لأن عماد الإيلاء ذِكْرُ اسمِ الله تعالى ، وفي مثله من الظهار خلافٌ مبني على أن المغلَّب فيه (٢) اليمينُ أو الطلاقُ ؟ ولا خلافَ في جواز الإشراك (٣) في نفس الطلاق . وأما إذا قال : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ، ثم قال لغيرها : أشركتُكِ معها ، وأراد تعليقَ طلاقِ الثانية بدخولها في نفسها لا بدخولِ الأولى ، ففي ذلك خلافٌ .

ولو قال : أنت عليَّ حرامٌ – ونَوى الإيلاءَ – فالظاهرُ أنه لا ينعقد كلفظ الإشراك ، والثانية (٤) : أنه ينعقد ؛ لأن هذا اللفظ ورد في القرآن لإيجاب الكفارة (٥) .

الثانية : في تعليق الإيلاء . وهو صحيحٌ ، كقوله : إن دخلت الدار فوالله لا أطؤك ، ولو

---

(١) في (أ) : « عند الدخول » .

(٢) في (ب) : « الغالب » . (٣) في (ب) : « .. الاشتراك » .

(٤) في (أ) : « والثاني » .

(٥) يعني قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي لم تُحرم ما أَحلَّ الله لك تبتغي مَرضاةَ أزواجِك والله غفورٌ رحيمٌ . قد فرض الله لكم تَحِلَّةَ أيمانكم ... ﴾ الآيتان [١ ، ٢] من سورة (التحريم) .

وقد اختلف المفسرون في سبب نزول هذه الآيات على ثلاثة أقوال . فقيل : نَزَلت في شأن الواهبةِ نَفْسَها . وقيل : نزلت في شأن مارية القبطية حين حرمها النبيُّ ﷺ على نفسه ، وقال : « أنت عليّ حرام ، والله ، لا آتيتُك » . والثالث : أنها نزلت عندما حرم النبي ﷺ العسل على نفسه . انظر : تفصيل ذلك في أحكام القرآن لابن العربي (٤ / ١٨٤٤ وما بعدها) .

قال : واللّه لا أُجامعك إن شئتِ ، فقالت : شئتُ ، صار مُؤْلِيًا . وهل تختصُّ المشيئةُ بالمجلس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما في الطلاق (١) .

والثاني : (٢ لا ، كما في التعليق بالدخول ٢)

وقال مالك (رحمه الله) : إذا علّقَ بمشيئتها لم يكنْ مؤليًا ؛ لأنها التي أضرَّتْ بنفسها (٣) ، إلا أن الشافعيَّ (رضي الله عنه) ليس (٤) يعتبر ذلك ، فإنها لو تركت المطالبة بعد انقضاء المدة ، فلها العَوْد إلى المطالبة ؛ لأنها تترك على توقُّعٍ ، فلذلك تشاء (٥) على توقُّعِ أن الزوج يخالفُ مَشيئتَها ويطؤها .

الثالثة : أنه لا يُشترط اقترانُ الغضبِ بالإيلاء عندنا ، وقال مالك (رحمه الله) : لا يكون مؤليًا إلا في حالة (٦) الغضب (٧) . وهو بعيدٌ ؛ إذ الضرارُ حاصلٌ بكل حال .

---

(١) والأصح أنه تُعتبر مشيئتُها على الفور . انظر الروضة (٨ / ٢٤٤) .

(٢) في (ب) : « لا ، كالتعليق بالدخول » .

(٣) انظر : الأم (٥ / ٢٦٧) . مختصر المزني (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٤) . المقنع ص (٢٤٨) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣٠٥) .

(٤) في (أ) : « لا » .

(٥) في (ب) : « شاءت ... » .

(٦) في (أ) : « في حال » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط اقتران الغضب في الإيلاء ، ومن آلى في حال الرضا فهو مؤلٍ أيضًا . وهذا قول أبي حنيفة (رحمه الله) ومذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥ / ٢٦٨) . مختصر المزني ص (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٥) . روضة الطالبين (٨ / ٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يكون مؤليا إلا في حالة الغضب ، إذ فيه يظهر قصدُ المضارة ، ولذلك إذا حلف لا يطؤها ما دامت ترضع ولدها ، فليس هذا – عندهم – بإيلاء ؛ لأنه قصد المصلحة لا إيقاعَ الضرر بها . ولذلك عندهم إذا امتنع من الوطء – ولو لم يحلف – قاصدًا الإضرارَ ، كان حكمه حكمَ المؤْلي ، وترفعُه إلى الحاكم إن شاءت ويَضْرب له الأجل من يوم ترفعُه لوجود معنى الإيلاء في ذلك ، فإن الإيلاء لم يرد لِعَيْنه ، وإنما ورد لمعناه ، وهو =

الركن الثالث

في المدة المحلوف عليها

والمطْلَقُ منه قولُه : لا أُجامعكِ . والمقيّدُ قولُه [1] : لا أُجامعك سنةً . فإنْ حلف على أربعة أشهر فما دونَه ، لا يكونُ مؤليًا ؛ لأنه قاصرٌ عن المدة الشرعية . ولو حلف على خمسةِ أشهرٍ فهو مُؤلٍ ويُطَالب في الشهر الخامس . ولو حلف على أربعة أشهر ولحظةٍ ، فهو مؤلٍ على معنى أنه يأْثم ، ولكن لا تظهر فائدتُه [2] في المطالبة . ولو حلف على أربعة أشهر ، فلمَّا كان في الشهرِ الرابع حلفَ على أربعةٍ أخرى ، [3] ولم يزل كذلك يفعل أبدًا [3] ، فليس مؤليا ، وإن كان الضرارُ حاصلًا .

ولو قال دَفْعَةً : لا أُجامعك أربعةَ أشهرٍ ، فإذا انقضتْ ، فواللهِ لا أجامعك أربعةَ أشهرٍ . وهكذا حتى استوفى مدةً طويلة ، فالصحيحُ : أنه ليس بمؤلٍ [4] ؛ لأنه إذا انقضى أربعة أشهر ، فكيف يطالب بحكم اليمين الأولى ، وقد انحلَّت ، أو بحكمِ اليمين الثانية ولم ينقضي منها إلا لحظةٌ ؟ ، وفيه وجهٌ : أنه إذا فعل ذلك مرة واحدة ، فهو مؤلٍ ؛ لأنه يصير ذريعةً إلى الإضرار ، ويلزم عليه ما لو فعل ذلك آخرَ كلِّ أربعةِ أشهر / وهو بعيدٌ . ٢٠٤/ب

ولو قال : إذا مضتْ خمسةُ أشهرٍ ، فواللهِ لا أطؤك ، لا يصير مؤليا حتى تنقضي خمسةُ أشهر ، فبعده تُسْتفتح المدة . ولو قال : والله لا أطؤك خمسةَ أشهر ، وإذا انقضتْ ، فواللهِ لا أطؤك سنةً . فإذا انقضى أربعة أشهر ، طُولب بالفيئة في الشهر الخامس ، فإن فاءَ انقطعت الطَّلِبة في الشهر الخامس ، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحنا مدة أربعة أشهر لليمين الثانية

= المضَارّة وتركُ الوطء . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١/ ١٧٨) . الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ١٦١) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٥) .

(١) في (ب) : « كقوله .. » .

(٢) في (أ) : « فائدةٌ » .

(٣) في (أ) : « ولم يزل يفعل كذلك أبدًا » .

(٤) وليس معنى هذا أنه غيرُ آثمٍ بفعله ذلك ، بل يأثم لقَصْدِه الإضرارَ ، وإن كان لا يتعلق به حكمُ الإيلاء ، مِنْ ضَرْبِ المدة له ، والتطليقِ عليه إذا أَبى الفيئةَ . ولذلك قال النووي (رحمه الله) في الروضة (٨/ ٢٤٦) : « قلت : الراجحُ تأثيمُه » .

ولو قال : لا أطؤك حتى تصعدي [1] السماء ؛ أو يَنْزل عيسى (عليه السلام) ، أو يخرج الدجّالُ ، أو يقدُمَ فلانٌ ، وهو على مسافةٍ - يَعْلم أنه لا يَقْدم في أربعة أشهر - فهو مؤلٍ قطْعًا .

[2] ولو أَقَّتَ بدخول دارٍ ، أو قدوم زيدٍ [2] : لم يكن مؤليا في الحال ، فإذا انقضى أربعةُ أشهر فهل نُطَالِبه [3] بالفيئة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الوطء في هذه الحال موجبٌ للكفارة .

والثاني : أنه لا يُطالب [4] ؛ لأنَّ القدومَ والدخولَ مُنْتَظَرٌ في كل حال [5] .

ولو أَقَّتَ بموتِ زيدٍ ، فمنهم من قال : هو كقدوم زيدٍ . ومنهم من قطع بأنه مُطَالب [6] ؛ لأنه كالمستبعد في الاعتقادات . ولو أقّت بموت الزوجين ، فهو إيلاءٌ لا محالةَ ؛ لأنه حصل اليأسُ في العمر ، وصيغتُه أن يقول : لا أطؤك ما عشْتُ أو عشْتِ .

* * *

(١) في الأصل : « حتى تصعد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولو أقت بقدوم زيد أو بدخول دار » .

(٣) في (ب) : « يُطَالَب » .

(٤) في (ب) : « لا نطالبه » .

(٥) وهذا الوجه هو أصح الوجهين ، وعلله النووي (رحمه الله) بقوله : « لأنه لم يتحقق قَصْدُ المضارة أوّلا ، وأحكامُ الإيلاء منوطةٌ به لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطء ، ولهذا لو امتنع [من الوطء] بلا يمين ، لم يكن مؤليا » . انظر الروضة (٨ / ٢٤٨) .

(٦) في (ب) : « يطالب » .

الرُّكْنُ الرّابعُ
في ألفَاظِ المحلوفِ عَليْه

وهي ثلاثة أقسام : **الأول** : ما هو صريحٌ لا يَقْبل التأويلَ ، ولا يُدَيَّن . كلفظ « النيك » وإيلاجِ الذَّكرِ في الفرْج ، وتَغْييبِ الحشَفَة في الفرج [1] . وكذلك قولُه للبكر : لا افتضتكِ . فلو فسَّر بالضمِّ والأعناق [2] لم يُدَيَّنْ على الأصحّ [3] .

القسم الثاني : ما هو صريحٌ في الظاهر ، ويتطرّق إليه التَّدْيينُ ، وهو « الوطء » ، وكذلك « الجماع » لكثرة الاستعمال . وأما « الإصابة » فألحقَه الشيخُ أبو عليّ بالجماع ، وهو بعيدٌ . أما المباشرةُ والملامسةُ والمباضعةُ – وما يجري مجراه – ففيه قولان :

أحدهما : أنها صريحةٌ كالجماع ؛ لأن العادة في الجماع التحاشي عن الصريح [4] .

والثاني : أنها كناياتٌ ؛ لأنها بالوضع غير صريح ، وعادةُ الاستعمال (٥ ليس يتضح ٥) فيه كما في الجماع [6] .

القسم الثالث : الكنايات قولًا واحدًا ، وهو كقوله : لأَبْعِدَنَّ عنكِ ، ولا يجمع رأسي ورأسَك وسادةٌ ، ولا شئونَكِ . وفي لفظ « القربان » و « الغشيان » وجهان :

أحدهما : أنهما كنايتان . والثاني : أنهما في معنى المباشرة والمباضعة .

فأما إذا قال : واللهِ ، لا أُجامعك في دُبُركِ – أو في الحيض والنُّفاس – فهو مُحْسِنٌ وليس بمؤلٍ [7] .

* * *

---

(١) قوله : « في الفرج » ساقط من (ب) . (٢) في (ب) : « والاعتناق » .

(٣) تعني يُحْكم عليه قضاءً بالإيلاء ، ولا تُسمع دعواه أنه أراد غير ذلك من المعاني ، فَيُتْرَك لِدِينه ؛ وذلك لأن هذه الألفاظ لا تحتمل إلا معنىً واحدًا . (٤) وهو القديم من قَوْلي الشافعي (رحمه الله) .

(٥) في (أ) : « ليست تتضح » . (٦) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (٨ / ٢٥٠) .

(٧) في الأصل « فهو فحش » والمثبت من (ب) وهو الصواب ، ويعني أنه مُحْسِنٌ في تركه الوطءَ في هذه الأحوال ، وليس هذا منه بإيلاء . ويدل عليه ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم : « وإن قال : واللّه لا أجامعك في دبرك ، فهو مُحْسِنٌ غير مُؤلٍ ؛ لأن الجماع في الدبر لا يجوز » . الأم (٥ / ٢٦٦) . وانظر : . روضة الطالبين (٨ / ٢٥١) .

البَابُ الثّاني
فِي حُكْمِ الإيلَاء الصَّحيح

ومجموعُ ما يترتَّب عليه أحكامٌ :

أولها : ضَرْبُ المدّةِ .

والثاني : المطالبةُ بالفيئةِ .

والثالث : دَفْعُ المطالبةِ بفيأةٍ أو طلاق .

والرابع : ما تقع به الفيئةُ . فنَشْرحها في فصول :

* * *

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في المدة

وفيه مسائل :

الأولى : أن المدة تحسب من وقت الإيلاء من غير حاجة إلى القاضي ، بخلاف مُدة العُنَّة ، فإنها تُحْسب من وقت ضَرْبِ القاضي المدةَ ؛ لأنها متعلِّقةٌ [١] بالاجتهاد وهذا منصوصٌ في الكتاب [٢] وسببُه أن النسوة – في غالب الأمر – لا يَصْبِرْنَ عن الرجال مع اليأس عن الوقاع في أكثر من أربعة أشهر ، وإنما يُشترط زيادةٌ على الأربعة ؛ لوقوع المطالبة [٣] بعد المدة ، وأن المدة مُهْلة للخِيَرة . وأبو حنيفة (رحمه الله) رأى الطلاقَ واقعًا بمُضِيِّ المدةِ ، فلم يشترط زيادةً على أربعة أشهر [٤] .

الثانية : لا تختلف هذه المدة عندنا بالرّقِّ والحريةِ ؛ فإنه أمرٌ يتعلَّق بالشهوة والطبْعِ ، فهو كمدة العُنَّة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : الحرة تتربص أربعة أشهرٍ ، والأمةُ شهريْنِ . وقال

---

(١) في (ب) : « معلقة ... » والضمير يعود على « العُنَّة » .

(٢) قوله : (وهذا منصوص في الكتاب) يعني أن « مدة الإيلاء » منصوصٌ عليها في القرآن ، وهي أربعة أشهر من وقت إيلائه ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ للذِينَ يُؤْلونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أربعة أشْهُرٍ ...﴾ [الآية : ٢٢٦] من سورة (البقرة) .

(٣) في (ب) : « لتقع المطالبة .. » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن مدة « الإيلاء » أكثر من أربعة أشهر ، حتى يمكن مطالبتُه بالفيئة أو الطلاق . وهو مذهب المالكية والحنابلة . فإنْ أَبَى الفيئةَ والطلاقَ ، طلَّق عليه القاضي طلقةً واحدة رجعية . وعن الإمام أحمد رواية أنه يُحْبس حتى يُطلق . انظر : الأم (٥ / ٢٧١) . مختصر المزني ص (٢٠٠) . مغني المحتاج (٣ / ٣١٥) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٠) . بداية المجتهد (٢ / ١١٨ وما بعدها) . القوانين الفقهية ص (٢٤٦) . الثمر الداني في تقريب المعاني ص (٤٧٥) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) . المغني (٧ / ٣٣١) .

ومذهب الحنفية : أن مدة الإيلاء أربعةُ أشهر ، يفيء فيها إن شاء ، فإن مضت الأربعةُ الأشْهُرُ ولم يَفِئْ ، طلقت المرأة طلقةً بائنةً . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٠) .

مالكٌ (رحمه الله) : تختلف برِقِّ الزوجِ وحُرِّيته [١] .

الثالثة : في قواطع المدة . فإنْ طلقها طلاقًا رجعيًا قبل مُضِيِّ المدة : انقطعت ، فإنْ راجعها استأنفنا المدة ؛ لأنها قد حرمت بالطلاق ، ولابد من إِضْرارٍ على التوالي في المدة .

والردةُ بعد الدخول كالطلاق الرجعيّ . والطلاقُ الرجعيُّ بعد المدة يقطع المدة . فإن جرت رجعةٌ ، فاستئنافُ المدة أولى ؛ فإنّ الطلاق إجابة إلى المطالبة ، فقد أجاب مرة ، فلا يُطالب حتى يمتنعَ أربعةَ أشهرٍ أُخَر . وألحقوا الردة أيضًا بالطلاق ، وهو أبعدُ ؛ لأنه ليس إجابة لمطالبته [٢] .

أما الذي لا يقطع المدةَ - كالصوم والإحرام من جهته - فلا يُؤَثِّر ، لا طارئة ولا مقارنة [٣] ، وكذلك الأعذار الطبيعية ، كمرضه ، وكونه محبوسًا ، وكما لو طرأ الجنونُ عليه ، فلا تمنع تِيكَ الأعذارُ انعقادَ المدة ولا دَوَامُها . أما الموانع فيما [٤] يمنع احتسابَ المدة ، فكإحرامها ، وصغرِها ، ونُشوزِها ، أو كونها محبوسةً ، أو مجنونةً ، أو مريضةً / لا تحتمل الجماعَ . ٢٠٥/أ

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المدة - وهي أربعة أشهر - لا تختلف ، والرقيقُ والحرُّ فيها سواء . وهو مذهب الحنابلة . وفي رواية عن أحمد (رحمه الله) أن إيلاء العبد شهران . انظر : الأم (٥ / ٢٧١) . مختصر المزني ص (١٩٩) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أن إيلاء العبد كالحر ، وإنما ينظر في ذلك إلى الزوجة ، لا إلى الزوج ، فإن كانت الزوجة أمةً ، فالإيلاء منها شهران ، وإن كانت حرة ، فالإيلاء منها أربعة أشهر . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٢) .

ومذهب مالك : أن المدة بحسب رِقِّ الزوج وحُريته ، فالعبد إيلاؤه شهران في الحرة والأمة . انظر : الكافي ص (٢٧٩) . بداية المجتهد (٢ / ١٢٢) . الثمر الداني ص (٤٧٥) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٦٢) .

(٢) قوله : « لمطالبته » ساقطة من (ب) .

(٣) قوله : « لا طارئة ولا مقارنة » يعني سواء كان الصوم والإحرام مقارنين للإيلاء ، أو طارئين عليه .

(٤) في الأصل : « فيها » والمثبت من نسخة أخرى كما على هامش الأصل . وكلمة (كإحرامها) في الأصل بدون الفاء ، وهذا أمر معتاد في هذا المخطوط .

ثم هذه الأحوال إذا طرأتْ ، قطعت المدة ، فإن زالت ، تستأنف المدة ؟ أو تبْنى على ما مضى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الاستئنافُ ، كالطلاق والردة من الزوج [1] .

والثاني : أنه تُبْنَى ؛ لأنّ هذا لم يقطع النكاحَ حتى تنقطع المدة المبنيّة عليه ، وإنما هذه أعذارٌ تمنع المطالبةَ ، فإذا زالت عادت المطالبةُ . والمذهبُ القطعُ بأنها إذا طرأت بعد المدة ، لم تُوجب الاستئناف ، وقيل بطرد الوجهين . وهو ضعيف .

وأما صومُها فلا يمنع الاحتسابَ ؛ لأن التمكين [2] حاصلٌ بالليل ، وفي التطوعِ بالنهار ، فليس ذلك عُذْرًا مانعًا .

الرابعة : إذا تنازعا في انقضاء المدة ، فيرجع حاصلُه إلى النِّزاع في وقت الإيلاء ، والقولُ فيه قولُه مع يمينه .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح الذي قطع به جمهور الشافعية كما في الروضة (٨ / ٢٥٣) .

(٢) في (ب) : « التمكُّن » .

الفَصْلُ الثّانِي

فِي المطَالَبَة

وفيه مسائل :

إحداها : أنَّ لها رَفْعَ الأمر إلى القاضي ، فإن تركت المطالبةَ - أو رَضيت - فلها العودُ مهما تشاء[1] ، بخلاف ما إذا رضيت بعيب الزوج ، أو رضيت بعد مُدّة العُنَّة ؛ لأن ذلك عجزٌ وعيبٌ في حكم خصلة واحدة ، فرضاؤها به يُسقط حقَّها ، وأما هذا[2] ، فيحمل الرضا فيه على توقُّع الحنث ، كما يُحمل رضاها - عند الإعسارِ بالنفقة - على توقُّعِ اليسار .

الثانية : لا مطالبةَ لغير الزوجة ، فإذا رضيت ، لم يكن للوليّ ولا لسيِّد الأمةِ المطالبةُ ، ولا لوليِّ المجنونةِ والصغيرةِ ؛ لأن هذا لا يَقْبل النِّيابةَ .

الثالثة : لا مطالبةَ لها إذا كان فيها مانعٌ طبْعًا ، كالمرض العظيم ، والرتقِ ، والقرن . أو شرعًا ، كالحيض . والعجبُ : أن الحيض يمنع المطالبةَ ولا يقطع المدةَ ؛ لأن ذلك يتكرَّر في الأشهر مرارًا . نعم ، إذا فرّعْنا - على قول بعيد - في صحة الإيلاء عن الرتْقاء ، كان لها المطالبة بالفيئة باللسان .

الرابعة : إذا كان المانع فيه :

إن كان طبْعًا ، فلها مطالبتُه[3] ليفيءَ باللسان ، ويعتذر ويَعِدُ الوطءَ[4] ، وذلك يدفع الضرار .

فإن كان شرعًا - كالظّهار ، والصوم ، والإحرام - قطعَ المراوزةُ بأنه لا يكفيه الفيئةُ باللسان ، وللمرأةِ المطالبةُ ، وعليه أن يُطَلِّق . فإن وطيء ، اندفعت المطالبةُ مع كونهِ حَرَامًا . ونقول : أنت مُخَيَّرٌ بين أن تَعْصي بالوطء ، أو تُطلِّق ، وأنت قد ورّطتَ نفسَك فيه . وقال

---

(١) في (ب) : « شاءت » .

(٢) يعني « الإيلاء » .

(٣) في (ب) : « المطالبة » .

(٤) يعني يعدها بالوطء إن زال عذره .

مالك (رحمه الله) : الوطءُ في الإحرام لا يُسْقط المطالبة [1] .

أما العراقيون ، فبنوا على جواز التمكين وقالوا : « إذا كانت مُحْرِمَةً ، أو حائضًا ، فطالبَها بالتمكين لم يَحِلَّ لها » .

وإن كان الزوج مُحْرِمًا ، أو صائمًا عن فرضٍ فطالبَها ، فهل يحلُّ التمكينُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن هذا الوطءَ معصيةٌ ، فكيف يُمَكَّن منه [2] .

والثاني : نعم ؛ لأن المعصية تختصّ بالزوج ، والوطءُ حقُّه ، فعليها التَّوْفِيةُ وإن كان المستوفِي عاصيًا .

ولا خلافَ في أن للرجعية الامتناعَ ؛ لأنَّ الطلاقَ متعلِّق بها ، واختلفوا في أن الظهار كالإحرام ، أو كالطلاق ؟ . ثم قالوا : إن قلنا : عليها التمكينُ ، فلها المطالبةُ . فإن قصدَ الزوجُ الوطءَ وامتنعتْ ، سقط طلبُها . وإن حرَّمْنا التمكينَ فعليها الامتناعُ . وهل لها الإرهاق إلى الطلاق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لها ذلك ، والزوجُ هو الذي ورَّط نفسَه فيه .

والثاني : لا ، بل يُكتفى بوعْدٍ كالمانع الطبْعي .

* * *

---

(١) **مذهب الشافعية** : – على ما قطع به المراوزة – أنه لو فاء إليها بجماع – وكانت محرمة أو حائضًا ، أو كان هو محرمًا أو صائما – خرج من حكم الإيلاء . وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

واختلف – في مذهب مالكٍ – القولُ في ذلك ، قال ابن عبد البر : ولو أصابها في وقت أو حال ، لا يجوز له أن يصيبها فيه : أثِمَ ، وخرج من الإيلاء ، وقد قيل : لا يخرج منه إلا بوطء غير محظور » ا . هـ من « الكافي » .

مذهب الحنفية : من أحرم بالحج قبل وقته بأكثر من أربعة أشهر ، ثم آلى من امرأته ساعتئذ ، لم يكن فَيْئُه الرضا بلسانه ، وكان فيئُه الجماع وإن كان لا يصل إليها إلا حرامًا – يعني مُحْرِمًا . وفي الفقه الإسلامي وأدلته : « أنّ شرط الوطء أنْ يكون حلالًا ، فلا يكفي الحرام ، كما في الحيض والإحرام » وهو مذهب المالكية والحنفية . (٧/ ٥٥١) . وانظر : الأم (٥/ ٢٧٢) . مختصر المزني ص (٢٠١) . مختصر الطحاوي ص (٢٠٨) . الكافي ص (٢٨٢) . المقنع ص (٢٤٩) . المغني (٧/ ٣٢١) .

(٢) في (ب) : « منها » . وهذا الوجه هو أصحهما ؛ إذْ هو موافقةٌ على الحرام وإعانةٌ عليه . انظر الروضة (٨/ ٢٤٥) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في دَفْعِ المُطَالَبَة

ولا يندفع إلا بالطلاقِ ، أو الوطءِ من القادر ، والفيئةِ باللسان من العاجز كما سبق . فإن رُفع إلى القاضي ، فامتنع من الأمرين ، طلَّق القاضي عليه في أصحِّ القولين . وفي القول الثاني : يُلْجِئه بالحبس والتعزير إلى الطلاق [1] . وهو بعيدٌ ؛ لأنه إكراهٌ على الطلاق . وأنكر المزنيُّ هذا وقال : لم يَصِرْ إليه أحدٌ من العلماء [2] . نعم ، لو استمهل الزوجُ من القاضي ثلاثةَ أيامٍ في الفيئة باللسان لم يُمْهل ، وفي الوطء وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنّ مدة المهلة أربعةُ أشهرٍ ، وقد تمَّ [3] .

والثاني : نعم ؛ لأنه ربما لا يجد قوةً ، ونِشْطةً في الحال . فعلى هذا ، لو بادر القاضي قبل مُضِيِّ المدة ، لم تطلّق ، لا كقتل المرتد قبل تمام المهلة ؛ فإنه مُهْدَرٌ ؛ لأن الطلاق يَقْبل الردَّ . وفيه وجه بعيد : أنه ينفذ .

والمهلةُ - ثلاثةَ أيامٍ - تجري في سبعة مواضع : المرتدّ ، وتارك الصلاة ، والفسخ بالإعسار ، وبالعُنَّة ، وخيار العتق ، والشُّفْعة ، والإيلاء . أما الردُّ بالعيب / فهو على الفور . ٢٠٥/ب

ثم إذا اسْتَمْهَل - فأمهلناه - فادَّعى العُنَّةَ ، فيستأنف مدةَ العُنَّة ولا يُطَلِّق ؛ لأن الطلاق كان تغليظًا عليه ؛ لِظَنِّنا به القدرةَ . وذكر العراقيون وجهًا أنه يُطَلِّق .

فرع : إذا غاب الزوج إلى مسافة أربعة أشهر ، فَلِوَكيلها في الخصومة أن يُطالبه بالطلاق ، أو الانصراف إلى وطئها . وخروجُه إلى السفر - في الرجوع - ابتداءُ الفيئة ، فلو صبر حتى انقضتْ مدةُ الإمكانِ ، ثم قال : الآنَ أَبْتدئ السَّفرَ ، فلحاكمِ تلك البلدة أن يُطَلِّق .

* * *

---

(١) ذهب إلى هذا الإمام أحمد (رحمه الله) في إحدى الروايتين عنه ، وإن كان الأصح في المذهب أن القاضي يُطَلِّق عليه . وممن ذهب إلى هذا أيضًا الظاهريةُ حتى قال الإمام ابن حزم (رحمه الله) : « ... فإذا تَمَّتْ - يعني الأربعةَ الأشهر - أجبره الحاكم بالسوط على أن يفيء أو يطلق ، حتى يفعل أحدَهما كما أمره الله عز وجل ، أو يموت قَتيلَ الحقِّ إلى مَقْت الله تعالى ... ولا يجوز أن يُطلق عليه الحاكمُ ، فإن فعل لم يلزمْه طلاقُ غيره » . المحلي (١٠ / ٤٢ وما بعدها) وانظر المغني لابن قدامة (٧ / ٣٣١) .

(٢) انظر قوله في مختصره ص (٢٠٠) .

(٣) وهذا القول هو أظهرهما كما في الروضة (٨ / ٢٥٦) .

الفَصْلُ الرّابعُ

فِيمَا به الفيئةُ ، وهو الوطء

ويكفي تغييبُ الحشفةِ . ولو نَزَلَتْ على زوجها لم تحصل الفيئة ؛ إذ لا تنحلُّ به اليمين ، وليس هذا فيئةً منه . أما إذا أُكْرِهَ – وقلنا : يُتَصَوّر على الوطءِ إكراهٌ يَدْرَأ الحدَّ – ففي لزوم الكفارة به خلافٌ . فإن قلنا : يلزم ، فقد انحلَّ الإيلاء . وإن قلنا : لا ، فهل تنحلّ اليمين ؟ فيه خلافٌ .

فإن قلنا : تنحلّ ، فلا طَلِبَةَ . وإن قلنا : لا ينحلّ ، فالصحيحُ : أن الطَّلِبَةَ تبقى لبقاءِ الإيلاء[(١)] . وفيه وجه : أنه لا طلبةَ ؛ لاندفاع الضِّرار بحصول الوطء .

أما إذا آلى ، ثم جُنَّ فَوَطِئ ، فالمنصوصُ فيه أنه تنحلُّ اليمينُ بفعلِه ولا كفارةَ[(٢)] . وخُرِّج من الناسي قولٌ في وجوب الكفارة ، فيلتحق تفصيلُه بالمكره .

فرع : لو تنازعا في الوطء في المدّة ، فالأصلُ عدمُ الوطء ، ولكنِ القولُ قولُه على خلافِ قياسِ الخصومات ، وقد ذكرنا نظيرَ ذلك في العُنَّة[(٣)] . ثم قال ابن الحداد : لو طلقها ، [٤] وأراد أن يراجعها [٤] وقال : صَدَّقْتموني في الوطء ، فلِيَ الرجعةُ . قلنا : لا ، بل نرجع إلى القياس . والأصلُ عدمُ الوطء والعدة ، والقولُ قولُها في ذلك ، وإنما كان كذلك لِنوعِ ضرورةٍ ، والله أعلم[(٥)] .

* * *

---

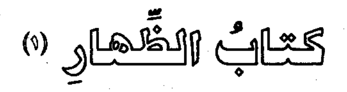
(١) قال في الروضة : في انحلال اليمين وجهان يجريان في كل يمين وُجد المحلوف عليه بإكراه أو نسيان ، أصحُّهما : عدمُ الانحلال ، وهو الأوفقُ لكلام الأئمة . روضة الطالبين (٨ / ٢٥٧) .

(٢) ولا كفارة عليه ؛ لأن القلم مرفوعٌ عنه في تلك الحال ، كما قال الشافعي (رحمه الله) . انظر قوله في الأم (٥/٢٧٢) . مختصر المزني ص (٢٠١) .

(٣) أي أن القول قولُه إذا كان عِنّينًا وادّعى الوطءَ في المدة المضروبة له أو بعدها . وكذلك هنا في « الفيئة » يكون القولُ قولَه إذا ادّعى الوطء .

(٤) في (ب) : « وأراد ارتجاعها » .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (ب) .



كتاب الظِّهار (1)

وفيه بابان

البَابُ الأوَّلُ

في أركانِه وموجبِ ألفاظِه

وفيه فصلان

(1) الظهار : لغة : مأخوذ من « الظهر » ؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجلُ لزوجته : « أنت عليّ كظهر أُمي » . وخصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما ، لأنه موضع الركوب ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ فما اسطاعوا أن يَظْهروه ... ﴾ الآية [الكهف : 97] وقال تعالى : ﴿ ... وجعل لكم من الفلك والأنعام ما تركبون . لِتَسْتَوُوا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم ... ﴾ الآيتان [الزخرف : 12 ، 13] .

وحقيقته الشرعية : تشبيهُ الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلًّا للزوج في وقت ما على ماسيأتي بيانه إن شاء الله . وهو محرم شرعًا ؛ قال تعالى : ﴿ وإنهم ليقولون منكرًا من القول وزورًا ﴾ الآية [المجادلة : 2] .

الفصل الأول

في أركانه

وهو المظاهِرُ ، والمظاهَرُ عنها ، واللَّفظُ ، والمشَبَّهُ به .

الركن الأول : المظاهر . وكلُّ مَنْ يصحُّ طلاقُه يصحُّ ظهارُه ، وقد ذكرناه [١] ؛ وذلك لأن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية [٢] ، فجعله الشرعُ مُحَرِّمًا للزوجة ، وموجِبًا للكفارة عند العَوْدِ إليها ؛ فيصح ظهارُ المجبوبِ ، والخصيّ ، والذّمّي . ثم على الذمّيّ الكفارةُ ويصح منه الإعتاقُ مهما أسلم في ملكه عبدٌ كافر ، وكذلك لو قال لمسلم : أعتقْ عبدك المسلمَ عن كفّارتي ، جاز على وجهٍ . فإن عجز فالصومُ غيرُ ممكنٍ في حقّه ؛ فيعْدِل إلى الإطعام . وقال القاضي : لا يعدلُ ؛ فإنه قادرٌ ، فلْيُسْلِمْ ولْيَصُمْ . وهو بعيدٌ ، لأنه مُقَرَّر [٣] على دينه ، فلا يُكَلَّف تركَه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يصح ظهارُ الذميّ ؛ لأنه ليس من أهل الكفارة [٤] .

---

(١) وعليه فيصحُّ الظهار من كل زوج مكلف ، حرًا كان أو عبدًا ، مسلما أو ذميًا ، خصيا أو مجبوبًا ، أو سليما . ولا بد أن يكون مختارًا ، فلا يصح ظهار المكره ، وظهارُ الصبيّ والمجنون باطلٌ ، وظهار السكران كطلاقه . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مغني المحتاج (٣٥٢/٣) .

(٢) روى عبد الرزاق في مصنفه (٤٢٢/٦) عن طاوس قال : « كان طلاق أهل الجاهلية ، الظهار » . وروى ابن جرير بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : « كان الرجل إذا قال لامرأته في الجاهلية : أنت عليّ كظهر أمي : حرمت ... » . جامع البيان للطبري (٣/٢٨) . وانظر الأم (٢٧٧/٥) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه مُقَرٌّ ... » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الذمي يصح ظهاره كما يصح طلاقه . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مختصر المزني (٢٠٢) . الوجيز (٧٨/٢) . الروضة (٢٦١/٨) . المنهاج ص (١١٢) . المحرر في الفقه لأبي البركات ابن تيمية الجد (٨٩/٢) . الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥٦٥/٨) مطبوع مع المغني . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح المتوفي سنة (٧٦٣) هـ (٤٩١/٥ وما بعدها) . المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح الحنبلي (٣٥/٨) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٨/٩) . =

الركن الثاني : المظاهَر عنها . وهي كلُّ منْ يَلْحقها الطلاقُ [1] فإن ظَاهَر عن الرجعية وتركَها لم يكن عائدًا . فإن راجعها تعرّضَ للزومِ الكفارةِ ، كما سيأتي . وإن ارتدتْ وظاهَر عنها ، فإن رجعتْ إلى الإسلامِ انعقدَ الظهارُ ، فالإيلاءُ والظِّهارُ والطلاقُ متساويةٌ ، إلا في المجبوب والرتْقاءِ ، فإن الصحيح أنّ الإيلاءَ فيهما لا يصحّ .

الركن الثالث : اللفظ . وصريحُه أن يقول : أنتِ عليَّ كظهرِ أُمّي [أو مثلُ ظهرِ أُمّي] [2] ولا مناقشة في الصِّلات [3] . فلو قال : أنتِ مِنّي ، أو معي ، أو عندي مثلُ ظهر أمي ، فكلُّ ذلك صريحٌ . وكذا لو ترك الصِّلةَ ، وقال : أنتِ كظهر أُمِّي . فلو قال : أردتُ الإضافةَ إلى غيري ، لم يُقْبل ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ وقال : أردتُ من غيري ؛ لأنّ الشيوع يمنع هذا التأويل .

ثم يتصدّى النظرُ في أجزاء الأُمّ . وأجزاءُ الأمِّ قسمان :

أحدهما : ما لا يُذْكر في معرض الكرامة ، كقوله : كبطْن أُمي وشعرها ، ورِجْلها ويدها ، وفيه قولان :

القديم : أنه ليس بظهارٍ ؛ اتباعًا لعادة الجاهلية .

والثاني : أنه ظِهارٌ ؛ اتباعًا للمعني ، لأنه كلمةُ زُورٍ تُشْعر بالتحريم كالظهر [4] .

وكذا لو أضاف إلى بعض الزوجة ، فقال : يَدُكِ أو رِجْلُكِ عليّ كظهرِ أُمي ، يُخَرَّج

= **ومذهب الحنفية** : أنه لا يصح ظهار الذمي ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/ ٢١٢) فتح القدير (٤/٢٤٥) . الدر المختار (٣/٤٦٦) . الفتاوى الهندية (١/٥٠٨) . القوانين الفقهية (٢٤٧) .

(١) ويدخل في ذلك الصغيرة ، والمجنونة ، والذمية ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمطلقة الرجعية وغيرهنّ . ولا يصح الظهار من الأجنبية ؛ فلو قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي . ثم تزوجها ، فلا يكون مظاهرًا عند الشافعية . انظر الروضة (٨/٢٦١) . مغني المحتاج (٣/٣٥٢) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) يعني في قول المظاهر « مني » أو « عندي » أو « لديّ » أو معي » . وشبه ذلك .

(٤) انظر الوجيز (٢/٧٨) . الروضة (٨/٢٦٣) . مغني المحتاج (٣/٣٥٣) .

على القولين [١] ، ومأخذُه الاتباعُ ، أو النظر [٢] إلى المعنى . فقد ظهر أن التصرفات القابلة للتعليق ، كالطلاق ، والظهار ، والعتاق/ تصحّ إضافتُها إلى البعض . أما النكاح ٢٠٦/أ والرجعة فلا [٣] . وأما الإيلاءُ فإذا قال : لا أجامع فَرْجَكِ ، أو نِصْفَكِ الأسفلَ ، فهو صريحٌ . ولو أضاف إلى النصف الشائع [٤] ؟ فيه احتمالٌ ، لأن تَرْكَ الجماع في النصف مِنْ ضرورتِه تَرْكُه في الكُلِّ .

القسم الثاني : ما يُذْكر في معرض الكرامة . كقوله : أنتِ مثلُ أُمّي ، أو كأُمّي ، أو كروح أُمّي ، فإن أرادَ الكرامةَ فليس بظهار (٥ وإن قصد الظهار فهو ظهارٌ ٥) وإن أَطْلَق فوجهان ؛ لتعارضِ الاحتماليْن [٦] . ولو قال : كعَيْنِ أُمّي ، (٧ التفت إلى الجديد والقديم ٧) ؛ لأنه إضافةٌ إلى البعض . واختلفوا أن الرأس كالبطنِ والعينِ والروحِ ؛ لأنه قد يُذْكر للكرامة [٨] .

الركن الرابع : في المشبَّه به . فلو شبهها بمحلَّلة ، أو مُحرّمة تحريمًا مؤقتًا كالأجنبيةِ ،

---

(١) يعني أنه ظهار على الجديد من قولي الشافعي (رضي الله عنه) . وعلى القديم ليس ظهارًا . انظر الوجيز (٧٨/٢) . روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) .

(٢) في (أ) : « والنظر » .

(٣) يعني إذا قال : تزوجتُ يدك . فقالت : قبِلْتُ ، فإنه لا يصح ذلك . وكذلك إن قال لمطلقته الرجعية : رجّعتُ يَدَكِ أو رجلك ، أو رددت شعرك أو رجلك . فلا يصح أيضًا . أما لو قال لعبده : أعتقت يدك أو رجلك ، فيصح ، ثم يسري إلى باقي الأعضاء ، وكذلك من قال لزوجته : طلَّقتُ رجْلَك ، فيقع طلاقه .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأعلى » .

(٥) في (أ) : « إن قصد الظهار فظهار » .

(٦) والأصح أنه ليس بظهار ، وبه قطع كثيرون من الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . المنهاج مع مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) .

(٧) في (أ) : « التفت على القديم والجديد » .

(٨) والأظهر أنه ظهار أيضًا . انظر الروضة (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . وهو نص الشافعي (رحمه الله) كما في مختصر المزني ص (٢٠٣) .

أو تحريمًا لا مَحْرميةَ فيها – كالملاعَن عنها – لم يكن ظهارًا [1] . أما المحرمة على التأبيد بقرابةٍ ، أو مصاهرةٍ ، أو رَضاعٍ ،ففيه أقوال :

أحدها : الاقتصار على الأمِّ ؛ اتباعًا لعادة الجاهلية ، وهو مأخذ القديم .

والثاني : أن كلَّ ذلك ظهارٌ ؛ اتباعًا للمعنى ؛ لأن التحريم شامل .

والثالث : الاقتصار على الأمِّ ، وإلحاقُ الجدّة بها ؛ لأنها في معناها [2] غير دونها [2] .

والرابع : إلحاقُ كلِّ محرَّمةٍ بالنسب بالأُمِّ ، وكذا كلُّ محرمةٍ بالرضاع لم نعهد تحليلَها من أولِ وجودها [3] دون من طرأ [3] التحريمُ عليها ، ودون المحرَّمة بالمصاهرة [فإنها كانت محللةً ؛ ولأن الرضاع يُشْبه النسبَ دونَ المصاهرة] [4] .

أما إذا قال : أنتِ عليَّ كظهرِ أبي [5] ، لم يكن ظهارًا ؛ لأنه ليس في مَحَلِّ الاستحلال [6] .

(١) يعني بالتحريم الذي لامحرمية فيه ، أنه لا يجوز الخلوة بها ، ولا المسافرة معها ، ولا النظر إليها – بغير حاجة – وغير ذلك كالملاعَنِ عنها ، فإنها محرمة تأبيدًا ، ومع هذا لا تجوز الخلوة بها وغيرُ ذلك مما سبق . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤١١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « دون غيرها » . وهذا القول – وهو إلحاق الجدة بالأم – ظهارٌ قطعًا ، هكذا قطع به جمهور الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٤/٨) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٣) فى الأصل « دون ما طرأ » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) . وهذا القول هو المذهب عند الشافعية : أن التشبيه بمن لم تَزَلْ منهنّ محرمةً عليه ، ظهارٌ ، وبمن كانت حلالًا له ، ثم حرمت : ليس ظهارًا ؛ لأنه يحتمل أنه أراد التشبيه بها حين لم تكن محرمة عليه ؛ ويوضح ذلك ما قاله الربيع (رحمه الله) أنه إذا قال : « أنت عليّ كظهر أختي من الرضاعة » فإن كانت قد وُلدت قبل أن تُرْضعه أمها ، فقد كانت – قبلٍ أن يتمّ الرضاعُ – حلالًا له ، فلا يكون مظاهرًا بها ، وليست مثل الأخت من النسب التي لم تكن حلالًا له قطُّ وهذه كانت حلالًا له قبل أن ترضعه أمها . فإن كانت أمها قد أرضعته قبل أن تلدها ، فهذه لم تكن قَطُّ حلالًا له في حين ؛ لأنها ولدتْها بعد أن صار ابنًا لها من الرضاعة ، وكذلك امرأة أبيه » . الأم (٢٧٨/٥) وانظر مختصر المزني ص (٢٠٣) . الروضة (٢٦٤/٨ وما بعدها) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كظهر أمي » وهو خطأ واضح .

(٦) يعني أنه لا يُسْتباح وطؤه بحال .

الفصل الثاني
في موجب الألفاظ

وفيه مسائلُ :

الأولى : أنه لوقال : مهما ظاهرتُ عن ضَرَّتِكِ فأنتِ عليَّ كظهر أمي ، كان كما قال [١] ؛ لأن الظهارَ يَقْبل التعليقَ . ولو أشار إلى أجنبيةٍ وقال : مهما ظاهرتُ عنها فأنتِ عليّ كظهر أمي : صحَّ ، وتناول ظهارًا عنها بعدَ نكاحِها تنزيلًا لموجب اللفظ على الصحيح شرعًا [٢] . فلو أجرى [٣] مع الأجنبية لفظَ ظهارٍ لم يحنث . لو صرح وقال : « إنْ ظاهرتُ عن فلانةٍ وهي أجنبيةٌ » فهذا لغوٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) [٤] ، وتعليقٌ بمحال [٥] ، وقال المزني (رحمه الله) : يُنَزَّل ذلك على اللفظ [٦] . وكذا الخلاف فيما لو قال : إن بعتُ الخمر فأنتِ [عليّ] [٧] كظهر أمي . ثم باع ، لم يحنثْ عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه ليس ببيعٍ [٨] ، وعند المزني يُحْمل على المسمّى بيعًا بالعادة . أما إذا قال : إن ظاهرتُ عن فلانةٍ الأجنبية ، فيحتمل التعريف ، ويحتمل اشتراط كوْنِها أجنبيةً ، فعلى أيِّهما يُحْمل ؟ فيه وجهان [٩] .

---

(١) يعني إن ظاهر من ضرتها صار مظاهرًا من الثانية .

(٢) يعني إذا نكحها ، ثم ظاهر منها صار مظاهرًا منها ومن الثانية أيضًا . انظر الروضة (٢٦٥/٨) .

(٣) في الأصل « جرى » والمثبت من (أ) ،(ب) وهو أليق .

(٤) انظر الأم (٢٧٧/٥ ، ٢٧٩) ، مختصر المزني ص (٢٠٣) .

(٥) في (أ)،(ب) : « و تعليقٌ محالٍ » . ويعني بقوله : (وتعليقٌ بمحال) أنه كيف يظاهر عنها وهي أجنبية . وهذه الجملة كلها من مقول الزوج أعني قولَه : « إن ظاهرت عن فلانة وهي أجنبية » .

(٦) يعني المزنيُّ (رحمه الله) أن الزوج لو قال لزوجته ذلك ، ثم نطق بلفظ « الظهار » مع الأجنبية ، أنه يصير مظاهرًا أيضًا ؛ لأنه تلفظ بلفظ الظهار .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) يعني أنه ليس ببيع شرعًا ؛ لحرمة المبيع .

(٩) وأصح الوجهين أنه ظهار ، ويكون لفظ « الأجنبية » للتعريف لا للشرط ، كما لو قال : « لا أدخل دارَ زيدٍ هذه =

الثانية : أن يُظَاهِر عن امرأةٍ ، ويقول للأخرى : أَشْرَكْتُكِ معها . ونَوَى ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن الظهارَ ، يُغَلَّب فيه مشابِهُ الأَيْمان أو الطلاق ؟ [(١)] .

الثالثة : إذا قال : أنتِ طالقٌ كظهر أُمّي . وقع الطلاقُ بقوله : أنتِ طالقٌ . ثم نُرَاجِعُه ، فإن أراد بالبقية التأكيدَ ، قُبِلَ . وإن أراد الظهارَ لغا إن كان بائنًا ، ونَفَذَ إن كان رجعيًّا .

الرابعة : أن يقول : أنتِ علي حرامٌ كظهر أُمي ، فله أحوال :

(إحداها) : أن ينوي الطلاقَ دون الظهار ، وقصَدَ التأكيدَ ، (٢ فهو كما نوى ٢) ، وكقوله : أنتِ طالقٌ كظهر أمي . وفيه وجهٌ : أن الظهارَ هو الحاصل ؛ لأنه أَتَى بصريحه دونَ صريحِ الطلاق ، فهو أَوْلى من الكناية . ولا يخفى أنه (٣ لو عَنَى الظهارَ ٣) دونَ غَيرِهِ فلا يحصُل إلا الظِّهار .

(الحالة الثانية) : أن يقول : (٤ نويتُ الطلاق والظهار ٤) جميعًا مقرونًا بقولي : أنتِ عليّ حرامٌ ، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أن الجمع غيرُ ممكنٍ في لفظٍ واحد ، والطلاقُ أقوى فهو الواقع [(٥)] .

والثاني : أن الظهارَ أَوْلى ؛ إذْ أَتَى بصريحه .

= ويشهد لهذا قولُ النحاة – كما قال الزركشي – : إنّ الصفة في المعرفة تكون للتوضيح ، نحو « زيدٌ العالمُ » وفي النكرة تكون للتخصيص ، نحو « مررتُ برجل فاضل » . وهو ظهار إذا تزوجها ثم ظاهر منها ، كما هو معلوم . انظر: الوجيز (٧٩/٢) . روضة الطالبين (٢٦٦/٨) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٥/٣) .

(١) وتشبيهه بالطلاق أظهرُ ، كما قال البيضاوي (رحمه الله) في الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على أنه يكون مظاهرًا في هذه الصورة . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٢) في (أ) : « فهو كما لو نوى » . وكلمة : « نوى » من (ب) .

(٣) في (أ) : « لو عينَّ الظهار » .

(٤) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » .

(٥) وهو ما رجحه البيضاوي كما في الغاية (٨٢٨/٢) .

والثالث : وهو اختيارُ ابنِ الحداد (١ أنّ الرجلَ يُخَيّرُ حتى يَخْتار أحدهما ١)؛ إذْ ليس أحدُهما أولى من الآخر [٢] .

(الحالة الثالثة) : أن يقول : أردتُ بقولي : « عليَّ حرام » طلاقًا ، وبقولي : « ظهر أُمي » [٣] ظهارًا : وقع الطلاقُ ونفذَ الظهارُ إن كان رجعيًا . وفيه وجهٌ : أن الظهار لا يصحّ ؛ لأن قولَه : كظهر أُمي ، غيرُ مستقلٍ وقد انصرفَ أولُ الكلامِ إلى الطلاق .

أمّا لو عكس وقال : أردتُ الظهارَ بالأول ، والطلاقَ بالآخر [٤] ، نفذ الظهارُ دونَ الطلاق ؛ لأنه نواه بلفظِ الظهار . وقال الشيخ أبو محمد : ينفذُ الطلاقُ ؛ لأن قوله : كظهر أُمي ، ليس مُستقِلًا ، ولم يحصل به ظهارٌ ، فيحصل به طلاق .

(الحالة الرابعة) : أن يقول : لم أقصدْ بالمجموعِ إلا تحريمَ عَيْنِها ، فتحرمُ عليه وتلزمُه الكفارةُ .

المسألة الخامسة : لو قال : أنت عليَّ حرامٌ ، وقال : (٥ نويتُ الطلاقَ والظهارَ ٥) . جميعًا / مع اللفظة . قال ابنُ الحداد : إن نوى الظهارَ أولًا يصح ، ويقع الطلاقُ [٦] ولم يكن عائدًا . وإن نوى الطلاقَ أوّلا - وكان رجعيًا - صح الظِّهارُ . ٢٠٦/ب

قال الشيخُ أبو علي : هذا غلطٌ ؛ لأنَّ اللفظَ واحدٌ ، فينبغي أن يجعل كما لو نَوَاهُمَا معًا ، فيخرّج على الخلاف في أنَّ الأولى أيُّهما ؟ وهذا يلتفت على أن نية الكناية ، إذا اقترنت ببعض اللفظ ، ما حكمُه ؟ وقد ذكرناه في الطلاق .

***

---

(١) في (أ) : « أن الرجل يختار أحدهما » .

(٢) وهذا الوجه هو ما عليه جمهور الشافعية . انظر : الروضة (٢٦٧/٨) وما بعدها .

(٣) في (أ) : « كظهر أمي » .

(٤) في (ب) : « بالأخير » .

(٥) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » .

(٦) في (أ) : « ووقع الطلاق » .

البابُ الثّاني

في حُكْم الظِّهَارِ الصّحِيح [١]

وله حكمان :

أحدهما : تحريمُ الجماعِ على [٢] الاقترانِ به إلى أن يُكَفِّر ، [٣] إما بالعتق [٣] ، أو الصيامِ ، أو الإطعامِ . وجوَّز أبو حنيفة (رحمه الله) الوطءَ للمكفِّر بالإطعام ؛ لأن الآيةَ مطلقةٌ في حقِّه [٤] ، ....

---

(١) كلمة : « الصحيح » ساقطة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عند » وهو أولى سياقا . والضمير في قوله « به » يعود على الظهار .

(٣) في (أ) : « بالعتق » .

(٤) اتفق الأئمة الأربعة على أن المظاهر لا يجوز له الوطءُ قبل أن يُكفِّر بإحدى الكفارات الثلاثة – وهي : العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام . ولكنهم اختلفوا في المكفِّر بالإطعام خاصة ، هل يجوز له الوطء في أثناء تكفيره بالإطعام ، كأن يكون مثلًا أطعم ثلاثين مسكينًا ، وبقي عليه إطعام ثلاثين آخرين ؟ .

فمذهب الشافعية : أن المظاهِر لو وطىء المظاهر منها في خلال الإطعام ، حرم ، ولكن لا يجب الاستئناف . وهذا مذهب الحنفية أيضًا . انظر : الأم (٥/٢٨٥) . مختصر المزني ص (٢٠٧) . روضة الطالبين (٨/٣٠٦) . تحفة الفقهاء (٢/٢١٥) . المبسوط للسرخسي (٦/٢٢٥) . فتح القدير لابن الهمام (٤/٢٧٢) . ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبي (١/٢٨٥) . رد المحتار لابن عابدين (٣/٤٧٧) .

ومذهب المالكية : أنه إن جامع فسد تتابعُه ، صيامًا كان أو إطعامًا ، حتى لو بقي مُدٌّ واحد لمسكين ، فعليه إعادة الإطعام كاملةً . ومذهب المالكية في هذا ، هو أشد المذاهب . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) . الشرح الكبير (٢/٤٥١) .

ومذهب الحنابلة : كمذهب الشافعية والحنفية ، وعن الإمام أحمد رواية أنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالإطعام ، لكن المذهب تحريمه . انظر : المحرر في الفقه (٢/١٩٠) . المسائل الفقهية (٢/١٩٠) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٩/٢٠٣) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٥/٤٩٤) . منتهى الإرادات لابن النجار (٢/٣٢٦) . الفقه الإسلامي وأدلته (٧/٦١٧) ، (٧/٦١٩) .

وبهذا الذي سبق ، يظهر أن ما نسبه الإمام الغزالي (رحمه الله) لأبي حنيفة ، غير صحيح ، وأنّ ماعزاه لأبي =

.... لكن الشافعي (رضي الله عنه) يُنَزِّل المطلقَ [1] على المقيَّدِ في مثل ذلك [2] .

ثم اختلف قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) في أن التحريم هل يقتصر على الجماع ؟ فقال في « المختصر » [3] : أحببتُ أن يَمْنع القُبلةَ . وقال في موضعٍ آخر : رأيتُ أنْ تُمْنع القبلةُ . فقِيل : قولان [4] :

أحدهما : التحريم ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ [5] . والقائلُ الثاني يَحْمِلُه على الوقاعِ ، لقوله : ﴿ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [6] » نعم ، ....

= حنيفة هو رواية عن أحمد (رحمه الله) ، وهو مذهب ابن حزم الأندلسي أيضًا .

وقد استدل ابن حزم لما ذهب إليه بقوله : وشرط الله (عزوجل) في العتق والصيام قبل التماسِّ ، ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام: ﴿لا يَضِلّ ربّي ولا يَنْسى﴾، ﴿تبيانًا لكل شيء﴾، انظر المحلى(١٠/٥٠). بداية المجتهد(٢/١٣٦).

والآية التي نَوَّه بها الغزاليُّ – واستدل بها ابنُ حزم – هي قوله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم توعظون به والله بما تعلمون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسَّا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ... ﴾ الآيتان [المجادلة : ٣، ٤] .

(١) في (أ) : « نزَّلَ المطلق » .

(٢) الإمام الشافعي (رحمه الله) يحمل المطلق هنا وهو قوله تعالى : ﴿ فإطعام ستين مسكينًا ﴾ على المقيَّد بقَبْلِ التماس ، كما في العتق والصيام ؛ لأن القرآن كالكلمة الواحدة في وجوب بناء بعضه على بعض ، وأيضًا فالمطلق ساكت عن ذكر القَيْد ، فلا يدل عليه ولا ينفيه ، والمسكوتُ عدمٌ ، أما المقيد فهو ناطق بالقيد ، الذي يوجبه ، فكان كالمفسِّر ، فكان أولى أن يجعل أصلًا يُبْتنى عليه المطلق ، وبذلك يكون المقيَّدُ صارفًا للمطلق عن إطلاقه ، ومُبيِّنًا المراد منه . وقد احتج الشافعي (رحمه الله) على هذا بأسلوب رائع في الأم (٥/ ٢٨٠) وإن كان ذلك في اشتراط الإيمان في الرقبة المعتقة في الظهار .

هذا ، وقد اتضح بما سبق أن مذهب أبى حنيفة (رحمه الله) فى هذه المسألة كمذهب الشافعية ، وإن اختلفا في حمل المطلق على المقيد في بعض المواضع . وانظر في ذلك أثر الاختلاف في القواعد الأصولية د . مصطفى الخن ص (٢٥٢) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/٦) .

(٣) انظره في مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « وجهان » .

(٥) من الآية (٣) من سورة (المجادلة) .

(٦) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

........مسالكُ الأشباهِ [١] متعارضةٌ ، فنقول : كلُّ ما يُحَرِّم الوطءَ لِخَلَلٍ في المِلْك - كالطلاق ، والردة ، والاستبراء عن الغير ، كعدَّة الوطء بالشبهةِ أو لإباحة الغيرِ [٢] - كتزويج السَّيِّدِ أَمَتَه - فكلُّ ذلك يُحَرِّمُ اللمس [٣] ، وأما الصومُ والحيضُ فلا . وقياسُ الإحرام أن يكون كالصوم ، ولكنه يُحَرِّم اللمسَ [٤] تعبُّدًا . وأما الاستبراءُ في المسْبِيّةِ فيحرِّمُ الوطء ، وفيما دونه خلاف . وإن كان من جهة شراء ، أو تملك فيحرم الاستمتاعَ مطلقًا ؛ لأنه لو ظهر الحملُ لحرم على الإطلاق بخلاف جهة السَّبْيِ ، والظِّهارُ مردد [٥] بين هذه الأصولِ . فإن لم نُحَرِّمْ إلا الوطءَ ، ففي الاستمتاعِ بما دون السُّرّة والركبةِ خلافٌ مبنيٌّ على أنَّا إنْ حَرَّمْنا ذلك في الحائضِ عَلَّلْنا بانتشار الأَذَى ، أو تخوُّفِ الوقوع في الوقاع [٦] . ويظهر تشبيهُ الظهارِ بالحيضِ ؛ لأنه يحرم مع دوام النكاح ، لكن من حيثُ إنه كان طلاقًا فَأُقِّتَ تحريمُه [٧] بالكفارة فيحمتل أن يُشَبَّهَ بتحريم الرجعية [٨] .

الحكم الثاني : وجوب الكفارة ، وهو مَنُوطٌ بالعَوْد ؛ قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ ﴾ [٩] فاختلف العلماء فيه على خمسة مذاهب :

قال الثوري [١٠] : « هو بنفس الظهار عائدٌ » . وهو فاسدٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . وقال دواد : « أراد تكرار [١١] لفظ الظهار ، والعود إليه » . وقال الزهري [١٢] ....

(١) في (أ) ، (ب) : « مسالك الاشتباه » .

(٢) في (أ) : « أو لإباحة للغير » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يحرِّم المسّ » .

(٤) في (أ) (ب) : « المسّ »

(٥) في (أ) : « متردد » .

(٦) أي خوف الوقوع في الجماع .

(٧) في (أ) : « تأقت تحريمه » .

(٨) في (أ) : « بتحريم الرجعة » .

(٩) من الآية (٣) من سورة « المجادلة » .

(١٠) في (ب) : « قال النووي » وهو خطأ واضح .

(١١) في (أ) : « أراد تكرير ... » وانظر في ذلك المحلى لابن حزم الظاهري (٩/١٠٤) . وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٧٥٣) .

(١٢) في (ب) : « وقال الزبيري » .

.....ومالكٌ في إحدي الروايتين [١] : إنه الوقاع ؛ إذ به يعود لنقض كلامه . وقال أبو حنيفة ومالك (رحمهما الله) في رواية : إنه العزم على الإمساك [٢] . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : هو نفس الإمساك [٣] .

ومهما لم يُطَلِّق عقيب الظهار - على الاتصال - فهو مُمْسِكٌ ولا يَكْفيه العزمُ على الطلاق دون تحقيقه ؛ لأن إمساكَه عَوْدٌ لنقضِ كلامِهِ ، فسبيلُه أن يقول : « أنتِ عليَّ كظهر أُمّي ، أنتِ طالقٌ [٤] » مُتَّصِلًا حتى لا يَلْزمه كفارةٌ [٥] .

ويتفرّع على هذا الأصلِ مسائلُ :

الأولى : إذا مات عُقَيْبَ الظّهارِ ، فلا كفارةَ ؛ إذ لم يتحقق الإمساكُ ؛ فإنه يَفْتقر إلى زمان القدرة على الطلاق . ولو طلَّقَها طلاقًا رجعيًا فلا عَوْدَ [٦] . فإن راجع ، فنصُّ الشافعيِّ (رضي الله عنه) أنّ نَفْسَ الرجعةِ عَوْدٌ [٧] ونصَّ : أنه لو ارتدَّ وعاد [٨] ، لم يكن نَفْسُ الإسلام عَوْدًا [٩] . وكذا لو أَبانَها ، وجدَّدَ النكاحَ وقُلْنا بعَوْدِ الظِّهار والحنث ، لم يكن بمجرده عائدًا ؛ لأنَّ الإسلام يُقْصد به تبديلُ الدِّين ، والنكاحُ يُقْصَد به تجديدُ الملكِ ، والرجعةُ لا مَعْنَى لها إلا إمساكُ الزوجةِ . ومن أصحابنا مَنْ خرَّجَ وجهًا إلى

---

(١) انظر قول مالك (رحمه الله) في أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٠٥/١٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) .

(٢) الذي وجدته عن أبي حنيفة - في كتب الحنفية أنفسهم - أن المقصود بالعود هو العزم على الوطء .انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٣) . تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢١٤/٢) . المبسوط (٢٢٤/٦) . بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٦) . الدر المختار (٣٦٩/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « أنت طالق أنت طالق » .

(٥) في (ب) : « الكفارة » .

(٦) أي : لم يحصل منه عودٌ لما قال ، فلا تلزمه الكفارة .

(٧) انظر قوله في « الأم » (٢٧٩/٥) .

(٨) في (أ) : « ثم عاد » .

(٩) انظر « الأم » (٢٧٩/٥ وما بعدها) .

الرجعة من النكاح وإلى النكاح ، والردةِ من الرجعة ، وطَرَدَ القولين ، لكن الفرقُ وتقريرُ النّصّ أَظْهَرُ . فإن قيل : إذا آلى ، ثُم أَبَانَ وجدَّد النكاح ، لزمتْه الكفارةُ بالوطء وإن لم نقل بعود الحنث ، فلم لا تعود كفترة الظهار ؟ قلنا : لأن اليمينَ يستقلُّ بنفسه دون النكاح ، والظهارُ لا يُتصوَّر إلا في النكاح ، والكفارةُ هاهنا كالمطالبة بالفيئة عن الإيلاء ، فإنها من الخواص ، فلا تعود في نكاح ثانٍ [١] .

نعم ، لو ظاهر وعاد حتى حرمتْ عليه ، استقرت الكفارة . فلو طلّق وجدد ، استمر التحريم إلى الكفارة . وأما لو كانت رقيقةً فاشتراها ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن تحريم [٢] الطلاق واللعان ، هل يتعدَّى إلى / مِلْك اليمين كما ذكرناه؟ ٢٠٧أ

المسألة الثانية : إذا ظاهَرَ عن زوجته الرقيقة ، ثم اشتراها على الفورِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن الشراءَ يَنْفِي العَوْدَ كالطلاقِ ؛ لأنه قاطع [٣] .

والثاني : لا ؛ لأنه نَقَلَه من حِلّ إلى حِلّ ، فهو عائد . وهذا يتّجه إذا قلنا [٤] : إنه يتعدّى تحريمُ الظهار إلى ملك اليمين .

ثم قال ابنُ الحداد : لا بُدَّ وأن يتصل قولُه : « اشتريتُ » بالظهار ، فلو تشاغَلَ بأسبابه حصل العَوْد . وقال الأصحاب : إن كانت أسبابُه متعذرةً ، فهو كما قال . وإن كانتْ مُتَيَسَّرة على القرب لم يكن عائدًا . أما إذا علّق طلاقَها بعد الظهار على الدخول ، فهو عائدٌ وإن كان الدخول مُتيسَّرًا ؛ إذ لا فائدة في التعليق وهو قادر على التنجيز . ولو كان قد علق من قبل ، فدخل على الاتصال فلا عود (٥ إن كان الدخول متيسرا ٥) .

(١) في الأصل ، (أ) : « في نكاح ثاني » والصواب « ثان » كما في (ب) .

(٢) كلمة « تحريم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ؛ لأن الشراء قطع النكاح . انظر الروضة (٢٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٥٦/٣) مع أن نص الشافعي نفسه يخالف ذلك ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو تظاهر من امرأته وهي أمة ، ثم اشتراها فسد النكاحُ والظهارُ بحاله ، لا يَقْرَبُها حتى يُكَفِّرَ ؛ من قِبَلِ أن الظهار لَزِمَه وهي زوجةٌ .. » . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٤) في الأصل : « إذ قلنا » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

ولو لَاعَنَ عقيب الظهار ، فظاهرُ النصِّ أنه يمنع العود [١] . ثم اختلف في تصويره ، فمنهم من قال : لو قذف بعد الظهار ولم يُقَصِّر في البدار إلى الرفع إلى القاضي على العادة ، فلا عود . ومنهم من قال : ينبغي أن تتصل كلماتُ اللعانِ بالظهار ، ويكون القذفُ والرفعُ سابقًا . وقال ابن الحداد : ينبغي أن تتصلَ الكلمةُ الأخيرةُ بالظهار ، فإنه القاطع وألزم عليه ، كما لو قال عقيبَ الظهار : يا زينب ، أنت طالق . وقيل : قوله : « يا زينب » لا يُوجب العوْدَ ؛ لأنه من جملة الكلام ، فكذا كلمات اللعان .

المسألة الثالثة : لو علق الظهار بفعلِ غيرهِ ، فوُجِد ولم يَعْرف ، فليس بعائد ، فكما يعرف فينبغي أن يُبادر الطلاق ، ولو علّق بفعلِ نفسِه ففعل ، ونَسِيَ الظهار ، فهو عائدٌ ؛ لأنه - في نسيان فعلِ [٢] نفسِه - غيرُ معذورٍ .

المسألة الرابعة : إذا قال : أنت عليّ كظهر أُمّي خمسةَ أشهرٍ ، لم يصحَّ على القديمِ لخروجِه عن المعتاد . وعلى الجديدِ : يصحُّ إنْ غَلَّبْنَا مشابهَ الأَيْمَانِ ، وإن غلَّبْنا مشابهَ الطلاقِ فلا ؛ لأن الطلاقَ المؤقَّت أُبّد لغلبةِ الطلاق ، ولم يظهر ذلك للظهار ، وقد قيل : يصحُّ مؤبَّدًا تشبيهًا بالطلاق .

التفريع : إن شبهناه بالأَيْمَان صحَّ مؤقتًا ، ويكون العودُ بالجماع ، نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) عليه ؛ لأنه ينتظر تحليلًا بعد الأشهر ، وإنما يمسك لذلك ، فلا يكون مجردُ إمساكِه مناقضًا [٣] . واعترض المزنيُّ (رحمه الله) على هذا ، وقال : لا فرقَ بينه وبين المطلق . فمن الأصحاب من قال : للشافعي (رضي الله عنه) قولٌ قديمٌ : أنّ العودَ هو الجماعُ ، فيطرد في المطْلَقِ والمقيّد [٤] . وهو فاسدٌ ؛ لأنه نصَّ عليه في الجديد ، والفَرْقُ ما ذكرناه .

---

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٢٧٩) ، ومختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٢) في (أ) : « فعله » .

(٣) في (ب) : « متناقضا » .

(٤) في (أ) : « في المطلق والمؤقت » .

فعلى النصِّ ، إذا جامعَ حرمَ الجماعُ ، فعليه النزع متصِلًا بتغييبِ الحشفةِ . وعلى مذهب ابن خيران : يحرمُ الجماعُ الأوّلُ أيضًا كذلك . قال الصيدلاني : « إذا جامع ، نتبين [1] أنه كان عائدًا عقيبَ اللفظِ ، وعليه يحمل إمساكه » . وفيه فِقْهٌ يوافقُ النصَّ ، ويَدْفع اعتراض المزني (رحمه الله) . فعلي هذا لا نُبيح الوطءَ الأولَ ؛ إذ هو [2] مُبَيِّنٌ للتحريم قبله ، فهو كما لو قال : « أنتِ طالقٌ قبلَ الوطءِ » فإنه يُحرم الوطءَ .

المسألة الخامسة : إذا قال لأربع نسوة : أنتنَّ عليَّ كظهر أمي ، صار مظاهرًا عن جميعهنّ ، ولكنْ في تعدُّد الكفارة واتحادها خلافٌ ؛ لاتحاد اللفظ ، وهو كالخلاف فيما لو قذفَ جماعةً بكلمة واحدة ، أن الحدَّ هل هو متعدِّدٌ ؟ ومشابهُ الأيمان تقتضي الاتحادَ ؛ لأنَّ الكلمة واحدةٌ . ومشابهُ الطلاقِ : التعددُ ؛ لتعدُّدِ المحَلِّ [3] فإن قلنا : يتعدّد ، فلا يخفى . وإن قلنا : يَتَّحِد ، فلو أمسكهنَّ فعليه كفارةٌ . ولو طلَّق ثلاثًا وأمسك واحدة ، لزمه كفارةٌ ؛ لأنَّ مناقضةَ الظهارِ بالعوْدِ ، تتحقّق بإمساك واحدة ، وليس كما لو قال : واللّه لا أُجامِعُكنَّ ؛ فإنه لا كفارةَ بجماعٍ واحدةٍ ؛ لأن مخالفته تتحقق بجماع الجميع . وتحقيقُه : أن الظهارَ هاهنا يتعلّق بطلاق الجميع .

فأما إذا ظاهر عنهنَّ بأربع كلمات على التوالي ، فتجبُ أربعُ كفاراتٍ ، ويكون بالظهار الثاني عائدًا إلى الأول ، وبالثالث عائدًا إلى الثاني ، وبالرابعِ عائدًا إلى الثالث . فإن قال عقيبَ الرابع : أنتِ طالقٌ ، فعليه ثلاثُ كفارات . فإن لم يَقُلْ فأربعُ كفارات .

المسألة السادسة : إذا كرّر لفظَ الظهارِ على الاتّصال ، وقال قصدتُ بالثاني تأكيدَ الأوّل ، قُبِلَ . ولكن هل يكونُ عائدًا ؟ فيه وجهان [4] / : ٢٠٧ب

أحدهما : نعم ؛ لأن اشتغالَه بالتأكيدِ تَرْكٌ للطلاق .

---

(١) في (أ) : « تبين » .   (٢) في (ب): « وهو » .

(٣) الجديد : وجوب أربع كفارات . والقديم كفارة واحدة . انظر مختصر المزني ص (٢٠٣) .روضة (٨/٢٧٥) .

(٤) إن أمسكها بعد التكرار فعليه كفارة . وإن فارقها فوجهان :

أحدهما : تلزمه الكفارة لتمكُّنه من الفراق بدلًا من التأكيد . وأصحهما : لا كفارة ؛ لأن الكلمات المؤكد بها كالكلمة الواحدة . انظر الروضة (٨/٢٧٥) .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يكونُ به مُمْسِكًا ؛ لأن التاكيدَ في حكمِ تمامِ الكلام .

وإن قصد ظهارًا آخرَ ، ففي تعدُّد الظهار مع اتحاد المرأة طريقان [١] :

أحدهما : طردُ القوليْنِ في تعدّد الكفارة .

والثاني : القَطْعُ بالتعددِ ؛ تغليبًا لجانب اللفظ .

ولا خلاف أنه لو قذف شخصًا واحدًا مَرَّتين فالحدُّ واحدٌ . ثم إن طلَّق عقيب الثاني ، لم يكن عائدًا في الثاني . وهل يكونُ عائدًا في الأول لاشتغالهِ بالثاني ؟ فيه وجهان مرتبان على صورة إرادة التأكيد ، وها هنا أَوْلى بأن يكون عائدًا ؛ لأنه كلام مستقل بنفسه . أما إذا تخلَّل زمانٌ ، فهو عائدٌ في الأول ، والظهارُ الثاني منعقدٌ إن قلْنا بتعدد الكفارةِ ، وإلا فلا فائدةَ فيه .

أما إذا قلنا :تتعدد ، فقال : أردتُ التأكيدَ - مع تخللِ الفصل - هل يُقبل [ها هنا] [٢] ؟ تردَّد فيه جوابُ القَفَّال كما ذكرناه في الإيلاء ؛ لأنَّ فيه مشابهةَ الإخبار [٣] .

المسألة السابعة : إذا جُنَّ عقيبَ الظهارِ فليس بعائدٍ . فلو أفاق ، لم تكنْ مجردُ الإفاقةِ عَوْدًا ، ولكنْ إن لم يُطَلِّقْ عقيبَ الإفاقةِ ، صار عائدًا . ولو قال : إن لم أتزوجْ عليك فأنتِ عليّ كظهرِ أُمي . فلا ظهارَ في الحال . فإن مات قبل التزويج حصل اليأسُ ، وصار مظاهرًا عائدًا قبيلَ الموتِ [٤] ، هكذا قاله ابنُ الحداد . وقال بعضُ الأصحاب : الظهارُ حاصلٌ ولاعَوْدَ ؛ لأنه ماتَ عقيبَ انعقادِ الظهار ، وإنما كان يستقيم ما قاله لو استندَ انعقادُ الظهارِ إلى الأول . وما ذكره ابن الحداد أَغْوَصُ فَلْيُتَأَمَّلْ .

---

(١) في الروضة أن الكفارة تَتَعذَّر على القول الجديد . (٢٧٦/٨) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) الذى صححه في الروضة وقطع به العراقيون ، أنه لا يُقبل . وهذا الخلاف فيما إذا لم يُكفر عن الأول ، فإن كفّر ، فالثاني ظهارٌ جديد قطعًا ؛ لانقضاء حكم الأول بالتكفير عنه . انظر : الروضة (٢٧٦/٨) . مغني المحتاج (٣٥٨/٣)

(٤) في (أ) : « قبل الموت » .

فإن قيل : الوطءُ يَحْرُم بنفسِ الظهار أو بالعود ؟ قلنا : بالعود ؛ إذا لو كانَ بمجرد الظهار لكان تستقرُّ الكفارةُ وإن طلَّق عقيبه ، حتى لو أراد وَطْأَها بنكاحٍ جديد أو ملكِ يمينٍ لم يَجُزْ إلا بكفارة ، وليس كذلك ، لكنّه إذا عادَ حرم ، ووجبت الكفارة ، واستقرَّتْ ؛ لا لأجل استحلال الوطءِ ، فإنه [(١)] [(٢)] لو أبانَها [(٢)] بعد العودِ لم تسقط الكفارةُ ؛ لأنها استقرّت بالعود المناقِض للظّهار ، كما يستقرُّ بالحنث في اليمين ، فالكفارةُ تجبُ بالظهارِ والعوْدِ جميعًا ، والظهارُ أحدُ سَبَبَيْها كاليمين ، ولذلك قال ابنُ الحداد : لو قال : إن دَخَلتْ الدارَ فأنت علي كظهرِ أُمِّي . ثم أعتق عن الظهار ، ثم دَخَلَتْ : وقعَ العتقُ لتأخُّرِه عن أحدِ السببين . وخالفَه بعضُ الأصحاب وقالوا : وِزَانُه ما لو قال : إن دَخَلْتِ الدار ، فوالله لا أكَلِّمُكِ ، ثم أعتق قبل الدخول : لايجزيء ؛ لأنّه إنما يصير حالفًا عند الدخول . ولكن يحتمل أن يقال : السببُ صَيرورتُه حالِفًا ومظاهِرًا – وقد وُجِدَ – فيكفي ذلك [(٣)] [والله أعلم] [(٤)] .

* * *

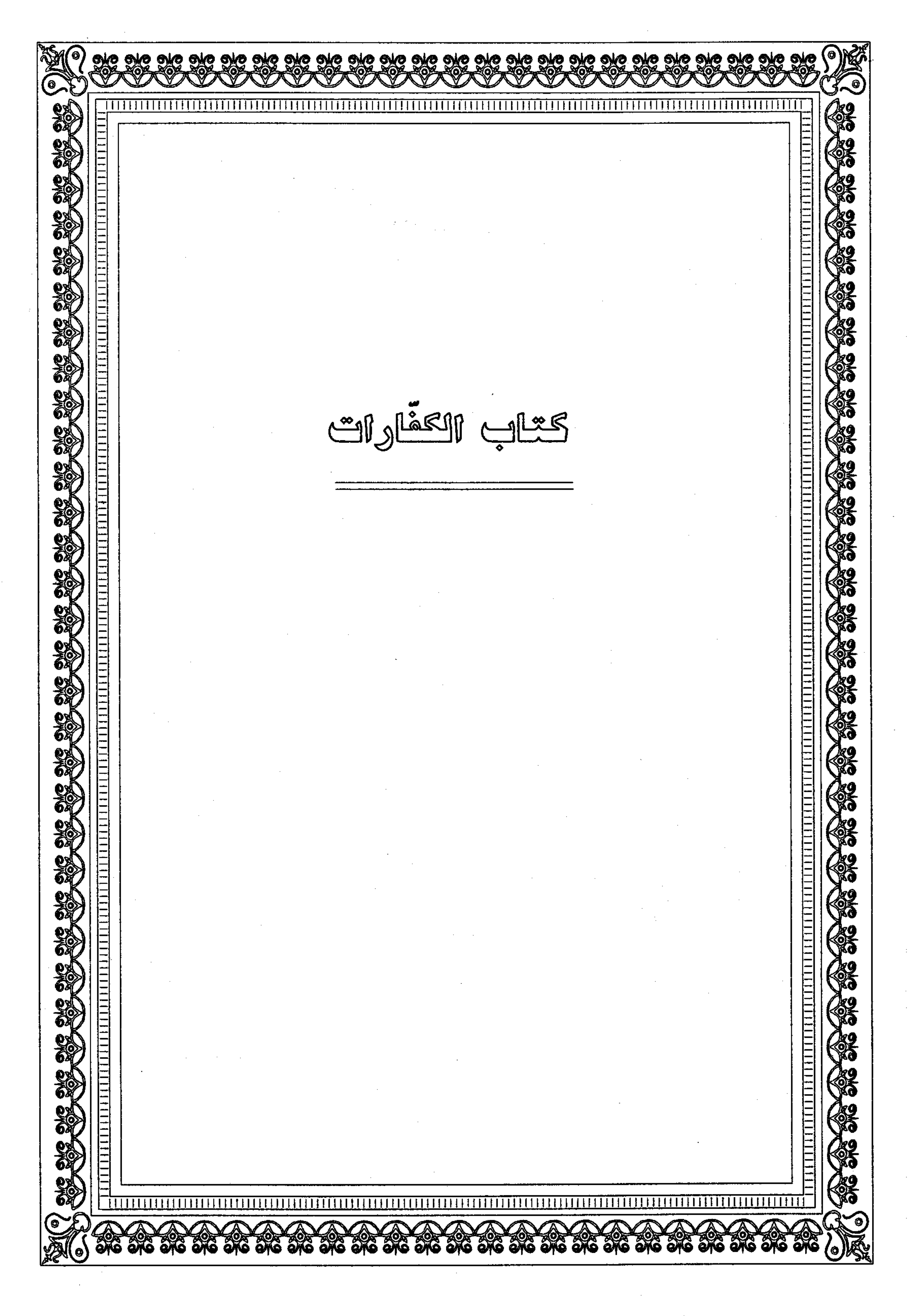
---

(١) في (أ) : « فإنها » .

(٢) في الأصل : « لو أتى بها » وهو خطأ . والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) : « سبب صيرورته حالفا ومظاهرًا قد وجد ، فيكفي ذلك » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .



كتاب الكفّارات

وخصالُها ثلاثةٌ : العتقُ ، والصومُ ، والإطعامُ . والعتقُ لا يدخل في فِدْيةِ الحجّ . والإطعامُ لا يدخل في كفارة القَتْل على أحدِ القولين . وكفّارةُ الجماعِ [1] والظِّهارِ متساويتان في الترتيب : العتقُ ، ثم الصيامُ ، ثم الإطعامُ ، وكذا كفارةُ القتل إن قلنا : يدخلها الإطعامُ . وكفارةُ الأَيْمان [2] على الخِيَرة بين العِتْق والكُسْوة والإطعامِ . فإن عجز فالصيامُ ثلاثةُ أيامٍ ، وسيأتي في موضعه . والمقصودُ كفارةُ الظهار ، ثم يندرج فيه جُمَلٌ من أحكام الكفارات :

الخصلة الأولى : العتق . ولا يُجزىء في الكفارات إلا رقبةٌ مسلمةٌ ، سليمةٌ ، كاملةُ الرقِّ ، تُعْتق بنيَّةٍ جازمةٍ ، عِتْقا خاليا عن شَوْبِ العِوَض [3] ،فهذه خمسةُ شروطٍ [4] فلْنُفَصِّلْها :

الشرط الأول [5] : الإسلام . والمسلم كلُّ من وَلَدَه مسلمٌ ، أو مسلمةٌ [6] ، أو أسْلم أحدُ أبويه في صِغَره ، أو الْتقِطَ في دار الإسلام ، أو سَبَاهُ مسلمٌ في صغره ، [7 وليس معه أبواه 7] ، أو نطق بكلمَتَيِ الشهادةِ بعد البلوغ . فلو نطق [8] - وهو صَبِيٌّ مميِّزٌ - ففيه قولان [9] . ولو نطق مكرهًا فهو مسلمٌ إلا أن يكون ذِمِّيًّا فلا يُحْكم بإسلامه على أحد القولين . وفيه مسألتان :

---

(١) يعني كفارة الجماع في نهار رمضان .

(٢) في (أ) ، (ب) : « اليمين » .

(٣) في (أ) : « ثبوت » . وهو خطأ .

(٤) في (أ) : « شرائط » .

(٥) في (أ) : « الأول » وليس فيها كلمة « الشرط » .

(٦) قوله : « أو مسلمة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وليس معه أحد أبويه » .

(٨) في (أ) : « فإن نطق .. » .

(٩) قال في الروضة (٢٨١/٨) : « ولو أسلم الصبيُّ بنفسه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أصحهما : لا يصح .

وقال الإصطخري : يصحُّ إسلامُ المميِّز .

وقال غيره : موقوفٌ ، فإن بلغ وثبت عليه ، تَبيَّنَّا صحة إسلامه ، وإلّا فلا » .

إحداهما : أنه لو نطق بكلمتَي الشهادة ، فالصحيحُ أنه إسلام [١] ، وإن لم يُصَرِّحْ بالبراءة عن سائرِ الملل . ومنهم مَنْ شرط ذلك . نعم ، لو اقتصر على قوله : « لا إله إلا الله » وكان ذلك على وَفْقِ ملَّتِه : لا يُحكم بإسلامه ، وإن كان على خلافه - كالثَّنَوِيِّ [٢] والنّصْرانيِّ القائل بِالتثليث - فمنهم من حكم بإسلامه ، ثم قال : يُطَالَب بالشهادة الثانية ، فإنْ أبَى جُعِلَ مُرْتَدًّا . ومنهم من لم يحكم بإسلامه ما لم يأْتِ بكلمتَي الشّهادة [٣] .

المسألة الثانية [٤] : لو أَقَرَّ بصلاةٍ ، أو ركنٍ من أركان الاسلام يخالف مِلَّتَه هل / ٢٠٨/أ يُجْعَل به مسلمًا ؟ فيه وجهان [٥] . وضابطُه - عند مَنْ يجعله مسلمًا - أنَّ كلَّ ما يَكْفُر المسلمُ بإنكارِه ، فيصير الكافرُ - بالإقرارِ به - مسلمًا ؛ لأنّ التصديقَ والتكذيبَ لا يتجزأ . ولعلنا قد استقصينا هذه الأحكام في كتاب « اللقيط » فلا نُعِيدُه .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُشْترط الإيمانُ في رقبةِ كفارةِ الظهارِ ؛ فإن الوارد في القرآن رقبةٌ مُطْلقة [٦] . ولكن عندنا يُحْمل المطلقُ على المقيَّد .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مسلم » .

(٢) الثنوي : هو القائل بإلهين للعالم ، إله النور وإله الظلمة ، وقد سبق بيانه .

(٣) قال في الروضة (٨/٤٥٤) : « والمذهب الذي قطع به الجمهور ، أن كلمتي الشهادة لا بدّ منهما ، ولا يحصل الإسلام إلا بهما » .

(٤) كلمة « المسألة » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) مال معظم المحققين من الشافعية على كونه إسلامًا ، ومنهم القاضي حسين . انظر الروضة (٨/٢٨٣) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه يُشْترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار ؛ حملًا للمطلق في آية « الظهار » على المقيد في آية « القتل » خطأ . وهو قول المالكية والحنابلة أيضًا ، وقد استدل الشافعي (رحمه الله) لذلك باستدلال جميل في الأم (٥/٢٨٠) وانظر : مختصر المزني (٢٠٤) . روضة الطالبين (٨/٢٨١) . القوانين الفقهية (٢٤٨) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٥/٥٩٧) . المبدع (٨/٥٢) . الإنصاف للمرداوي (٩/ ٢١٤) . منتهى الإرادات (٢/٣٢٩) . كشاف القناع (٥/٣٧٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يشترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار ، بل تجزىء المسلمة والكافرة . انظر : المبسوط (٧/ ٢) . فتح القدير (٤/٢٥٨) . ملتقى الأبحر (١/٢٨٤) . الدر المختار (٣/٤٧٣) . الفتاوى الهندية (١/٥٠٩) .

الشرط الثاني : السَّلامةُ من العُيُوب . وعليه تُنَزَّل الرقبةُ المطلقةُ في القرآن . ثم قال أبو حنيفة (رحمه الله) : الأقطع يجزىء ، والأصمُّ والأبكم لا يجزىء [١] . وجَعَل الضابطَ [٢] فيه زوالَ جنسٍ من المنفعة ؛ لأن العيب المعتبر في البياعات لا يُعْتبر ، فاعتبر كمال أجناس [٣] الأعضاء والمنافعِ . والشافعيُّ (رضي الله عنه) : اعْتَبر ما يُؤَثِّر في العمل أثرًا بيِّنًا [٤] ؛ إذ غَرَضُ الإعتاق أن يستقلَّ [٥] ويَسْعى لنفسه [٦] .

والزَّمِنُ لا يُجْزىء في العتق . ويُجْزىء الأصَمُّ والأعورُ ؛ إذ يقدر على العمل والكسبِ ، وكذلك الأقرعُ والأعرجُ والعِنِّينُ والخَصِيُّ [٧] . والأقطعُ لا يُجزىء [٨] . وقطعُ الإبهام أو المسَبحّة أو الوسْطى مانعٌ . وقطعُ الخِنْصر أو البنصر لا يَمْنع . وقطْعُهما جميعًا مانعٌ . إن كان من يدٍ واحدة، ومِنْ يَدَيْن لا يؤثر [٩] .وقَطعُ أُنْملةٍ لا يُؤثر إلا من الإبهام . وفَقْدُ أصابعِ الرِّجْل لا يؤثر .

والمجنونُ [١٠] لا يجزىء إذا كان جنونُه مُطْبَقًا . والمريضُ الذي لا يُرْجَى زوالُه لا

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجزئ مقطوع إحدى اليدين وكذلك لا يجزئ مقطوع إحدى الرجلين . وهومذهب المالكية والحنابلة. انظر: الأم(٢٨٢/٥). مختصر المزني ص(٢٠٥). روضة الطالبين(٢٨٤،٢٨١/٨) . مغني المحتاج (٣٦٠/٣) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . المبدع (٥٢/٨) . الإنصاف (٢١٥/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٥) . كشاف القناع (٣٧٩/٥) .

ومذهب الحنفية : أن مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين يجزىء عتقه ، أما مقطوع اليدين أو الرجلين فلا يجزىء . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) . ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) العناية على الهداية (٢٦٠/٤) . الفتاوى الهندية (٥١٠/١) .

(٢) في الأصل : « الضبط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « جنس ... » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أثرًا ظاهرًا » .

(٥) في (ب) : « يشتغل » .

(٦) انظر ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٨٢/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٥) .

(٧) أي وهذه الأربعة تجزىء .

(٨) قوله : « لا يجزئ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٩) في (ب) : « لا يمنع » .

(١٠) في (ب) : « والمجنونة » .

يجزىء ، فإنْ زالَ على النّدور فهل يُتَبَين إجزاؤه ؟ فيه خلافٌ . والذي يُرْجى زوالُه يجزىء . فإن مات فهل نتيقن [١] أنه لم يقعْ موقعَه ؟ فيه خلافٌ . وإن كان يُجَنُّ ويُفيق فيجزىء إن كان أيامُ الإفاقةِ أكثَر ، وإلّا ففيه تردد . والهَرِمُ العاجزُ لا يُجزىء . والصغيرُ وهو ابنُ يومٍ يُجزىء ؛ لأنّ مصيرَه إلى الكِبَرِ . والظاهر : أن الجنين لا يُجزىء ، وفيه وجْهٌ .

وأما الأخرس ، فالقياسُ أنه يجزىء . وقد اختلف فيه نَصُّ الشافعيِّ (رضي الله عنه)[٢] . ومنهم من قال: قولان ، وأجراهما في الأصمّ الأصلخ[٣] . ومنهم مَنْ قطع بالجواز ، وحَمَلَ النَّصَّ على الذي لا يَفْهَم[٤] الإشارةَ[٥] .

الشرطُ الثالثُ : كمالُ الرِّقِّ . فلا يُجزىء عِتْقُ المستولدة ؛ لأنه يمتنع بَيْعُها ، ولا عِتْقُ المكاتب كتابةً صحيحةً ؛ لِنُقْصانِ الرِّقِّ ولوقوعِ العتق عن جهةِ الكتابةِ ، بدليلِ استتباع الإكْسَاب والأولاد . والمكاتب كتابةً فاسدةً يُبْتنى على العلّتين [٦] : إن عللنا : بنقصانِ الرقّ نَفَذَ ، وإن عللنا بالاستتباع – وقلنا : إنه يستتبع – لم ينفذ .

ولو اشترى عبدًا بشرطِ العتقِ وأعتقَه عن الكفارة ، ففيه تفصيل ذكرناه في البيع . أما عتقُ العبدِ المرهون والجاني – إن نفذناه – فهو يُجزىء عن الكفارة ؛ لأنه يَفُكُّ الرهنَ بخلاف الكتابة .

فروع

الأول : العبد الغائب [٧] الذي تَتَوَاصَلُ أخبارُه ، يُجزىء إعتاقُه . والمنقِطعُ الخبرِ . نَصَّ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فهل يُتَبَيَّنُ » .

(٢) القديم : أن الأخرس لا يجزى ، والجديد : أنه يجزىء . انظر الأم (٢٨٢/٥) .

(٣) الأصم الأصلخ : هو بالخاء المعجمة ، والمراد به الأصمّ الذي لا يسمع شيئًا أصلا . يقال :أصلخ بين الصلخ . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٧٩/١/٣) .

(٤) في (أ) : « لم يفهم » .

(٥) وهو المصحح في الروضة (٢٨٥/٨) .

(٦) في (أ) : « يبنى على العلتين » .

(٧) كلمة : « الغائب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

على أنّه لا يُجزىء ، ونَصّ أنه يُخرج عنه زكاة الفطرِ [١] . فقيل : هو مَيْلٌ إلى الاحتياط في المسألتين . وقيل : فيهما قولان ؛ لأن الأصلَ بقاؤه ، والأصلُ اشتغالُ الذِّمَّةِ .

الثاني : العبد المغصوبُ في يَدِ متغلِّبٍ يُجْزىء إعتاقُه ، وفيه وجه : أنه لا يجزيء ؛ لأنه لا يَسْتفيد استقلالًا [كاملا] [٢] كالأقطع ، وهو أَمْيَل [٣] .

الثالث : إذا اشترى قريبَه بنيةِ الكفارةِ ، لم يُجْزِئْه [٤] ؛ لأن عِتْقَه يستَحقٌّ [٥] من جهة القرابة . وقال الأودني [٦] : إذا اشتراه بشرطِ الخيارِ وأعتقه عن كفارته [٧] ، جَاز .

الرابع : إذا أعتق نصفين من عبدٍ في دَفْعتين أجزأه ، ولو أعتق نِصْفَيْ عبدينِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجزىء ؛ لأن الأشْقَاصَ تجمع أشخاصًا في الزكاةِ [٨] ، كذلك هذا [٩] .

والثاني : لا ؛ لأن المقصود إفادةُ الاستقلالِ ، فلا تحصل بالتجزِئة [١٠] . نعم ، لو مَلَك عبدين ، وعليه كفارتان ، فقال : أُعِتْقُهمَا [١١] عن كفارَتَيَّ ، نصفُ كلٍّ واحدٍ

---

(١) قال (رحمه الله) : « ويؤدي عن عبيده ، الحُضُورِ والغُيَّبِ ، وإن لم يَرْجُ رجعتَهم إذا علم حياتهم » انظر مختصر المزني ص (٥٤)

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو بعيد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يجز » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مستحق » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

(٧) في (أ) : « الكفارة » .

(٨) الشقْص : هو الجزء من الشيء ، والمقصود به هنا جزءٌ من العَبْد يشترك اثنانِ أو أكثرُ في مِلْكه . وقوله : « تجمع أشخاصًا في الزكاة » يعني لو ملك رجلٌ شقْصًا من عبد ، وشقصًا من عبد آخر ، أخرج عنه زكاة الفطر ؛ إذ كمل عبدًا .

(٩) في (أ) ، (ب) : « كذلك ها هنا » .

(١٠) وهناك وجه ثالث حكاه النووي – وهو الأصح – أنه يجزئه إن كان باقيهما حرًا ، وإلا فلا . انظر : روضة الطالبين (٢٨٨/٨) . المنهاج مع المغني (٣٦٢/٣) . الغاية القصوى (٨٣٢/٢) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « أَعْتَقْتُهما » .

منهما عن كفارة ، فقد حُكي عن نَصِّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه يجزىء [١] .
فمنهم من قال : [٢] عَتَقَ العبدان [٢] عن الكفارتين ، ولا معنى لِتَجْزِئَتِه وإضافتِه .

الخامس : إذا ملك المعسِرُ نصفَ عبدٍ ، فأعتق نصفهَ عن كفارته ، ثم اشترى النصفَ الثاني ، وأعتق : جاز ؛ لأنه كمل الخلاص . وإن كان مُوسرًا ، ففي كيفيّة نُفوذ العِتْق ثلاثة أقوال .

فإنْ فرعْنا على تَنَجُّز [٣] العتق نُظرَ : فإن وَجَّه العِتْقَ على جملة العبد ، وقال : أُعْتِقُكَ [٤] عن الكفارة : نفَذَ وأجزأ . وقال القفّال : لا ينصرف النصف [الثاني] [٥] إليها ؛ لأنه عتقٌ بتسرية الشرع ، لا بإعتاقِه . إلا أنا نقول : حصل بتسبُّبه [٦] ، فصار كما لو قال : إن دخلتَ الدارَ ، فأنتَ حُرٌّ عن كفارتي ، [٧] فدخل العبد / عتق وأجزأه [٧] وإن ٢٠٨/ب وجّه على النصف ، لم ينصرف النصفُ الباقي [إلى الكفارة] [٨] ، وهل يُجزئُ ذلك النصف ؟ يبتنى على عتق الأشقاص .

وإن فرعنا على أن العتق يتوقف على أداء القيمة ، فنوَىَ - عند اللفظ - صَرْفَ النّصفِ ، وعند الأداء صَرْفَ النّصفِ الثّاني : جاز . وإن نوى الكُلَّ عند اللفظ ، ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنه السبب المعتق [٩] عند الأداء .

والثاني : أنه لا بُدَّ عندَ العتق من النيّة .

وقال الشيخ أبو حامد [١٠] : يجب أن ينوِيَ الكُلَّ عند اللفظ ، ولا يعتدُّ بالنية عند

---

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٨٢/٥) .
(٢) في (ب) : « عِتْقُ العبدين » .
(٣) في (أ) : « تنجيز » .
(٤) في (أ) : « أعتقتك » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (ب) : « بسببه » .
(٧) في الأصل : « فدخل العبد ، أجزأ » . وكلمة : (عتق) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٨) زيادة من (أ) ، (ب)
(٩) في (أ) ، (ب) : « للعتق » .
(١٠) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

الأداء .

الشرط الرابع : أن يكونَ خاليًا عن العِوَض . فلو أعتق على أَنْ يَرُدَّ العبدُ إليه دينارًا لم يقعْ عن الكفارة . ولو قال لغيره : أَعْتِقْ عبدَك عن كفارتك ، ولك ألفٌ عليَّ ، فأعتق : نَفَذَ ، لا عن الكفارة . وهل يستحقّ الألفَ ؟ فيه وجهان جاريان في الالتماس من غير ذكر الكفارة :

أحدهما : لا ؛ لأن العتق وقع منه ، فكيف يَستحقُّ العوضَ ؟! .

والثاني : يستحقّ ، كما لو قال : أَعتقْ مستولدتَك ، ولك عليَّ ألفٌ . وكأن الخلاف يرجع إلى أن الفداء ، هل يجوز مع إمكان [هذا] [١] الشراء ؟ .

وعند هذا جرت العادةُ بذكر النّظر في التماس العِتْق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أعتق مستولدتك ولك عليّ ألفٌ : نفذ ، ولزم الألف ، وهو افتداءٌ ومقابلة للمال بإسقاط المِلْك كما في اختلاع الأجنبيِّ .

ولو قال : أعتقْ مستولدتك عنّي عَلَى ألفٍ ، فقال : أعتقتُ عنك [٢] : عَتَقت ولغا قولُه : « عنك » . والظاهر أنه لا يستحقّ العوضَ ؛ لأنه رَضِيَ به بشرط الوقوع عنه ولم يقع . وفيه وجه : أنه يستحق ، ويُلْغى قوله : « عنّي » كما لو قال : طلِّقْ زوجتَك عنّي ، فإنّه يُحمل على (٣ أنه أراد : طَلِّقْها لأجلي ٣) فيستحقُّ الزوجُ العوضَ .

واعلمْ أنَّ حكمَ الشافعيِّ (رضي الله عنه) بنفوذ العتقِ في المستولدة مع قوله : أَعْتقتُ عنْكَ . يدلُّ على أنه إذا وُصِفَ العتقُ ، أو الطلاقُ بوصفِ مُحَالٍ ، يُلغى الوصفُ دونَ الأصل .

الثانية : إذا قال : أَعْتِقْ عبدَك عنّي . فقال : أَعتقتُ ، وقع عن المستدِعي . ثم إن ذكر

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « عَتَقَتْ عنك » وهو صحيح أيضًا . ولكن الأولى سياقا ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) : « أنه أراد طلاقها لأجله » .

عوضًا استحقَّه ، وإن لم يذكر فهل يستحق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يستحق ، بل يُحمل على الهبة .

والثاني : أنه يستحقّ كما لو قال : اقْضِ دَيْني فإنه يرجع على رأي . ولكن هذا التوجيه إنما يستقيم إذا قال : « أَعتِقْ عن كفّارتي » فإنه أداءُ حقٍّ مستحقٍّ .

ولو صرَّح وقال : أعْتِقْه عنّي مجانًا ، فقال : أَعتقتُ ، نفذ ولا عِوَضَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا ينفذ ؛ لأن المِلك لا يحصل في الهبة دونَ القبض [١] . ولكن قال بعض الأصحاب : إعتاقُه تسليطٌ تام أقوى من الإقباض ، وبنَوْا عليه أنه لو وهب ، ثم قال للمتهب : أَعْتقه عن نفسك ، فأعتق [٢] ، نفذ عتقُه من غير قَبْض [٣] .

أما إذا أطلق ، وقال : أَعْتقْ عبدك ، ولم يقل : « عَنِّي » أو « عنكَ » فأعتق [٤] فعلى ماذا يُنَزَّل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه عن المستدعي بقرينة الاستدعاء :

والثاني : أنه كقوله : أعْتق عن نفسك ، حتى يخرّج النظر في العوض على ما ذكرناه .

الثالثة : إذا قال : إذا جاء الغدُ ، (٥ فعبدي حرٌّ عنك بألفٍ ٥) ، فقال : قَبلتُ ، فهذا كتعليقِ الخُلْع ، وقد ذكرناه . ولو قال : أَعتق عبدك عني غدًا بألف ، فصبر حتى جاء الغدُ ، وقال : أعتقتُ . قال صاحب « التقريب » : ها هنا يستحقّ المسمى ؛ لأنه ليس تعليقًا . وفيه نظرٌ أيضًا ذكرناه في الخلع . ولو قال : أَعْتقه عنِّي على خمر ، أو مغصوب . فهو كالخلع على المغصوب . ويَحتمل ها هنا الفسادَ في العوض ، وإن كان الملك

---

(١) انظر قوله (رحمه الله) في المبسوط (٩،٧/٧) . الدر المختار (٤٧٥/٣) .

(٢) في (ب) : « فأعتقه » . (٣) في (أ) : « إقباض » .

(٤) من قوله : « من غير قبض ... » إلى قوله : « فأعتق » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « فعبدي عنك حرٌّ بألف » .

يحصل للمستدعي ؛ لأنه مِلْك ضِمْني فلا تعتبر شروطُه ، وينظر إلى صورة الإعتاق ، ولذلك لم يُشْترط القبضُ في الإعتاق مجانًا .

فإن قيل : العتقُ يحصل متصلا بآخرِ قوله : « أعتقتُ » فالملكُ كيف يحصل قَبْله ؟ فيكون قد حصل قبل اللفظ ، أو كيف يحصل بعده ؟ فيكون متأخرا عن العتق ، أو معه ؟ فيكون مع العتق . والكلُّ محال ؟ قلنا : ذُكِر فيه خمسةُ أوجهٍ :

أحدها : أنا نتبينَّ حصولَه بعد الالتماس ، وقبل الإجابة .

والثاني : (١ أنه يتبين ١) حصوله عند الشروع في اللفظ . وهما بعيدان ؛ لأنه تقديم المسبَّب على السبب .

والثالث : أنه يحصل الملك مع آخرِ [أجزاء] (٢) اللفظ ، (٣ والعتق مرتبًا عليه ٣) .

والرابع : أنه يحصل مرتبًا على اللفظ ، والعتقُ يتأخَّر لحظةً .

والخامس : - وهو اختيارُ أبي إسحاق (رحمه الله) - أن الملك والعتق يترتب (٤) على اللفظ معًا (٥) . واستُبْعِد ذلك منه ، ونُسِب إلى الجمع بين المتضادين . ولعله يعني أنه جرى سببُ الملكِ والعتقِ في حالة واحدة ، فيندفع الملك في وقتِ جريانِ سببِه ، ويكون ذلك في معنى الانقطاع . ولهذا غَوْرٌ ذكرناه من قَبْل .

وبالجملة فقد ختلفوا في أن كل (٦) حكم يترتب على لفظ ، فيكون مع آخر جزء من اللفظ ، أو متأخرًا مترتبا عليه ترتُّبَ الضدِّ على زوال الضّدّ ؟ والأصح أنه مع آخرِ جزء من اللفظ ؛ لأن المعلولَ ينبغي أن يكونَ مع العلة / كما ذكرناه . ٢٠٩/أ

الشرط الخامس : النية . ولا بُدّ منها ؛ لأن الكفارةَ فيها مشابهةُ العباداتِ . نعم ،

---

(١) في (أ) : « أنا نتبين » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والعتق مرتب عليه » .

(٤) في الأصل : « يترتبا » فحذف النون تخفيفًا . وفي (أ) ، (ب) « يترتبان » بإثبات النون على الأصل .

(٥) كلمة « معًا » ساقطة من (أ) . (٦) في الأصل « الكل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

تصح من الذّمّيّ والمرتد إذا قلنا [(١)] : لا يزول ملكُه ، أو يُستثنى قدر الكفارة عن ملكه الزائل كما نستثني قدْرَ الدَّيْن . ولا تصحُّ النيةُ منهما [(٢)] ، ولكن يستقل بمشابه الغرامات ، فإن فيها شبه الغرامات [(٣)] . أما صوم الكفارة فلا يصحّ منهما ؛ لأنه عبادةٌ محضة كالزكاة ،[(٤)] فلذلك لا يُتَصور من كافر [٤)] .

فرع : لا يُشترط تعيين النيةِ في الكفّارات عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(٥)] .

فلو كان عليه الكفّارات ، فيكفيه أن ينوي الإعتاقَ عن الكفارة ؛ لأن تعيين النية عندنا يجب قصدًا إلى التقرب بالصفات المقصودة . في العبادات المختلفةِ المراتبِ ، ومرتبةُ الظهر تُغايِر مرتبةَ الصبح . وكذلك صومُ رمضانَ يُغَاير صومَ النَّذر . ولا تفاوُتَ في الكفارات كما لا تفاوتَ في زكاة أعيان الأموال ؛ فالأموالُ أسبابُ الزكاةِ ، والجناياتُ أسبابُ الكفاراتِ [(٦)] ، وهي متفاوتة [(٧)] . وقد طردوا هذا في العتق الملتَزَمِ [(٨)] بالنذر مع

---

(١) في (أ) : « إن قلنا » .

(٢) كلمة « منهما » ساقطة من (أ) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « ولذلك لا يتصّور من الكافر »

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب في النية تعيين الكفارة ، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتْل ، فأعتق عبدين بنية الكفارة ، أجزأه عنهما . ولو اجتمع عليه كفاراتٌ ، فأعتق رقبة بنية الكفارة ، وقعت عن واحدة منها ، سواءٌ اتفق جنسها أو اختلف ، وكذا الصوم والإطعام . ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ، ونوى عليه : أجزأه ؛ لأنه قصد بها قَصْدَ الواجب. انظر: الأم(٥/٢٨٢). الوجيز(٢/٨٤). روضة الطالبين(٨/٢٨٠). الغاية القصوى(٢/٨٣٣).

مذهب الحنفية : أن من وجبت عليه كفارتا ظهارٍ ، فأعتق رقبتين ، لا ينوي عن إحداهما بعينها ، جاز عنهما . وكذا إذا صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينًا ، جاز ؛ وذلك لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة .

وأما إن وجب عليه كفارتا ظهارٍ وقتْل ، فأعتق رقبتين ، لا ينوي بكل منهما جهة محددة ، لم يجز عن واحدة منهما . انظر الهداية (٢/٣٠٢) .

(٦) في (أ) : « الكفارات » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « متقاربة »

(٨) في (ب) : « الملزم » .

الكفارة ، وإن كان النذرُ قربةً ، (١) والكفارةُ سببُها جريمةٌ (١) ، ولكنْ لم يُلتفت إلى هذا .
نعم ، إذا أَعتقَ (٢) في الكفارة وأخطأ ، لم يجزئه ، فإذا كان عليه كفارةُ قَتْلٍ ، فنوى الظّهار ، لم يقع عن القتل وقد صَرَفه عنه ، وعليه الإعادةُ ، وهو كتعيينِ الإمامةِ (٣) في القدوة ، ولا تشترط ، ولكن لو أخطأ فسدت القدوة .

* * *

---

(١) في (أ) : « والكفارةُ بسبب جريمة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا عينَّ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كتعيين الإمام » .

الخَصْلةُ الثَّانِيةُ

الصِّيامُ

وفيه نظران :

الأول : فيما يجوز العدول إليه . ولا يُعتبر عندنا عجزٌ محقَّق عن الإعتاق ، بل يكفي أن يعسُر ذلك عليه لغَرض مُعتَبر معتدٌّ به . والذي لا يملك شيئًا لا يخفى أمرُه . أمَّا إنْ [1] ملك عبدًا ، أو مسكنًا ، أو مالًا ، ففيه نظرٌ ، فنقول : إن كان زَمِنًا وهو محتاج إلى العبد لخدمتِه ، أوكان منصبه يقتضي أن يُخْدم ولا يباشِر الأعمالَ بنفسه ، فيجوز له الصومُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله)[2] .

وإن [3] كان عبْدُه نفيسًا يمكن إبدالُه بعبدين يلزمه ذلك ، إلا إذا كان قد أَلِفَ العبدَ [4] وارتضاه من زمان ، فإنه يعسُر عليه الإبدال فلا يلزمه ، وفيه وجهٌ : أنه يلزمه ذلك ولا يُعتبر الإلْفُ .

أما المسكن فلا يُباع إلا إذا كان فضْلًا عن مقدار حاجتِه لاتساع خِطَّته [5] ، وأمكنه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مَنْ » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن مَنْ كان ذا منصب ومكانة تقتضي أن يُخْدم ولا يباشر الأعمال بنفسه ، جاز له العدول إلى الصوم . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . الوجيز (٨٣/٢) المهذب مع تكملة المجموع (١٩/ ٨٢) . المحرر في الفقه (٩١/٢) . الشرح الكبير مع المغني (٥٨٧/٨) . الفروع (٤٩٧/٥) . الإنصاف (٢١٢/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٨/٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز لمثل هذا العدولُ إلى الصيام ؛ لأنه واجدٌ لما يتأدَّى به الأصلُ ، فلا يتأدى الواجب بالبدل . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : أحكام القرآن للجصاص ص (٣١٢/٥) . المبسوط (١٣/٧) حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) .

(٣) في (أ) : « ولو كان » .

(٤) كلمة : « العبد » ساقطة من (ب) .

(٥) الخِطَّة بالكسر : هي الأرض التي يختطها الرجل لنفسه ، وهو أن يُعَلِّم عليها علامة بالخط ، ليُعْرف أنه قد احتازها ليبنيها دارًا أو غيرها ، ومنه كان يقال : خِطط الكوفة وخطط البصرة . انظر مختار الصحاح ص (١٨١) مادة (خ ط ط) .

يَبْعُ بعضِه . فإن كان [بيتا] [١] نفيسا ، وأمكن إبداله [بمثليه] [٢] فهو كالعبد النفيس المألوف ؛ لأن الجلاء [٣] عن المسكن أيضًا شديد ، ففيه وجهان .

أما المال إذا ملكه زائدًا عن [٤] المسكن واللباس والأثاث المحتاج إليه ، فيُصرف إلى العتق إلا إذا كان رأسَ ماله ، أو ضيعةً لو باعها لصار مسكينًا يحِلُّ له سهمُ المساكين ، فالانتقالُ إلى حال المسكنة أشدُّ من الانتقال من دارٍ أو عبدٍ ، فقياسُ قولِ الأصحابِ أنه لا يُكلَّف ذلك . ويكادُ يخالفُ هذا قولَه تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ... ﴾ [٥] ولكن توسّع الأصحابُ في هذا ؛ لأن صومَ شهرينِ يكاد يكونُ أشقَّ من إعتاقِ عبدٍ ، وليس بينهما كبيرُ تفاوتٍ ، وليس كذلك زكاةُ الفطر ، [٦] فإنه يُصرف إليه كل ما فضلَ [٦] عن قوتِ اليوم ؛ لأنه أصلٌ ، وتركُه إبطالٌ لا إبدالٌ .

أما إذا كان له مال [٧] غائب ، فلا يجوز له الصومُ ؛ لأن الكفارة على التَّراخي ، ويمكن أداؤها عنه بعد موتِه ، بخلاف قضاءِ الصلاةِ ، فإنه تجوزُ بالتيمم مع توقُّع الماء في ثاني الحال ؛ لأن الموت مُتوقَّع في كل حال . فإن قيل : فيعتبر إعساره عند الوجوب أو الأداء ؟ قلنا : فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يعتبر حالة الوجوب تغليبًا لمشابه العقوبات ، فعلى هذا لو كان معسِرًا ثم أيْسَر ، وأعتق : جاز بطريق الأَوْلى . وذكر صاحبُ « التقريبِ » وجهًا : أنه لا يجوز ؛ لأن هذا الترتيب بعيدٌ ، وإلا فالصومُ أشقُّ . وهو بعيدٌ ؛ إذ المعسرُ لو تكلَّف الإعتاقَ فلا ينبغي أن يُمْنع . نعم ، ذُكِرَ وجهان في العبد إذا أُعتق [٨] قبل الصوم وأيسر ، أنه هل يُعْتِق ؛ لأنه لم يكن أهلًا لوجوب العتق في الابتداء وهذا منقدح .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الانجلاء » .

(٤) في (أ) : على » .

(٥) من الآية (٤) من سورة (المجادلة) .

(٦) في (أ) : « فإنه يصرف كل ما فضل ... » .

(٧) كلمة : « مال ساقطة من (ب) .

(٨) في (ب) : « إذا عَتَقَ » وهو صحيح أيضًا .

القول الثاني : أنه يعتبر حالةُ الأداءِ تشبيهًا بالعبادات ، (١ إذ يعتبر - في القعود في الصلاة ، وفي التيمم - حالةُ الأداءِ ١) ، وهذا (٢) مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) .

وعلى هذا (٣) ، لو شَرع في الصوم ثم أيْسَر ، لا يقطع عليه ؛ لأنه إذا شرع في البدل فقد استقرَّ الأمرُ كالمتيمم ، إذا وَجَد الماء بعد الشروع في الصلاة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) والمزنيُّ : لا مبالاةَ بالشروع ، بل يستقرُّ الأمرُ بالفراغ (٤) ؛ لأنّ وِزَانَ الشروع (٥) في الصوم ، الشروعُ في التيمم دون الصلاة ، وعندهما تنتقضُ الصلاةُ برؤيةِ الماء (٦) .

ومن أصحابنا مَنْ وافق المزنيَّ هاهنا . فعلى هذا القولِ نقول : الواجبُ الصومُ ، بشرطِ أن يستمرَّ الإعسارُ إلى الفراغ .

---

(١) في (أ) : « إذ يعتبر القعود والتيمم في صلاة حالة الأداء » . ويعني أن من وجبت عليه الصلاة وهو قادر على القيام ، فلا يجوز له القعود فيها ، فإذا أَخَّرَها قليلا ، فعجز عن القيام ، فيجوز له القعودُ . وكذلك من وجبت عليه الصلاةُ وهو واجدٌ للماء ، لا يجوز له التيممُ ، فإذا أخّرها ، فتعذَّر الماءُ - أو لم يستطع استعمالَه لعذر شرعي - جاز له التيممُ . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على هذا كما في الأم (٢٨٣/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٦) .

وهذا القول - أعني اعتبار حالة الأداء - هو الأظهر . انظر روضة الطالبين (٢٩٨/٨) . مغني المحتاج (٣/ ٦٥) . الغاية القصوى (٨٣٣/٢) .

وهذا مذهب أبي حنيفة أيضًا والمزني (رحمهما الله) لكن عندهما يستقر الأمر بالفراغ من الأداء . انظر : الهداية (٢٨/١) ومختصر المزني ص (٦) .

(٢) في (أ) : « وهو » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وعليه ... » .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ص (٢١٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن مثال الشروع » .

(٦) انظر الهداية (٢٨/١) . مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ص (٢٦) للشيخ حسن الشرنبلالي الحنفي . وعندهم أن هذا مقيّد برؤية الماء مع القدرة على استعماله .

القول الثالث : أنه يُعتبر أغلظُ الحالتَين [١] ، فإذا أيسر عند الأداء أو عند الوجوب ، لزم / العتقُ احتياطًا . وعلى هذا لو كان معسرًا في الطرفين ، وتخلَّل اليسارُ لم يؤثر ، ٢٠٩/ب فكأن ما اقتضاه حالةُ الوجوبِ لا يغيرِّه إلا حالةُ الأداءِ .

وأما العبد فمعسِرٌ [٢] وكفارتُه بالصوم . وأما الإطعامُ والعتقُ [٢] ، فيبنى على أنه هل يملك بالتمليك ، والعتقُ أولى بأن يَمْتنع [٣] عليه . والصحيحُ : أنه لا يملك بالتمليك .

ثم إن العبدَ لا يصومُ إلا بإذنِ السّيّد ، إلا إذا حلف وحنث بإذنه . فإنْ حلف بإذنه وحنث بغير إذنه لم يَصُمْ ، وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فوجهان ، وإنما يعتبر إذنُه ؛ لأن حقّ السّيّد على الفَوْر ، والصومُ على التّراخي [٤] بخلاف شهر رمضان [٤] .

وأما من نصفُه حرٌّ ونصفُه عبدٌ ، فهو كالأحرارِ في الكفَّارة ، وكالعبيد [٥] في الجمعةِ والشهادةِ والولايةِ . وصدقةُ فطره تتوزَّع على الرقّ والحرية .

النظر الثاني : فى حكم الصوم .

وفيه مسائل :

إحداها : أنه يجب عليه تبييتُ النيةِ ، ولا يجبُ تعيينُ جهةِ الكفارة . نعم ، ينوي صومَ الكفارة . وهل ينوي التتابعَ ؟ فيه وجهان [٦] . فإن قلنا : ينوي ، يكفيه ذلك في الليلة [الأولى] [٧] أو يجدّدها كلَّ ليلةٍ ؟ فيه وجهان . وإذا مات لم يَصُم

---

(١) في (أ) : « الحالين » .

(٢) في الأصل : « وكفارته بالصوم أو بالإطعام ، وأما العتق .. » وهذا خطأ ظاهر ؛ إذ كفارته بالصوم فقط ؛ لأنه لا يملك بالتمليك . وانظر روضة الطالبين (٣٠٠/٨) .

(٣) في (أ) : « يمنع » .

(٤) في (أ) : « بخلاف رمضان » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وكالعبد » .

(٦) والأصح أنه لا يجب التتابع . انظر الروضة (٣٠١/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٧) ساقطة من (أ) .

عنه وليُّه على الصحيح [١] .

الثانية : يصوم شهرين بالأهلّة ، فإن ابتدأ في أثناء شهر صامَ الشهرَ الثاني بالهلال ، وكمّل الشهرَ الأولَ ثلاثين من الشهر الثالث خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

الثالثة : لا بدَّ من التتابع في كفارة الظهارِ ، والوقاعِ ، والقتْلِ ، فلو أفسدَ اليومَ الأخيرَ أونسي النيةَ فيه ، وَجَب استئنافُ الكلِّ . وهل يفسد ما مضى أو ينقلب نفْلًا ؟ فيه وفي نظائِره قولان .

أما إذا وطيء المظاهرُ ليلًا لم يفسد تتابعُه ، ولكنه يَعصي ؛ إذ التتابعُ قائمٌ ، والتقديمُ على الوطء قد فات . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يستأنف [٣] .

---

(١) كيف يكون صحيحًا ، وقد قال النبي ﷺ : « من مات وعليه صيام ، صام عنه وليُّه » . وهو حديث صحيح رواه مسلم في صحيحه (٨٠٣/٢) برقم (١١٤٧) . وقد ثبتت عدة أحاديث في قضاء الصوم عن الميت ، وأن دَيْنَ الله أحق بالقضاء ، ولذلك قال النووي (رحمه الله) : « يُستحب لوليّه أن يصوم عنه ، ويصح صومُه عنه ، ويَبْرأ به الميتُ ، ولا يحتاج إلى إطعام عنه ، وهذا القول هو الصحيح المختار الذي نعتقده ، وهو الذي صححه محققو أصحابنا الجامعون بين الفقه والحديث ؛ لهذه الأحاديث الصحيحة الصريحة . وأما الحديث الوارد « من مات وعليه صيام أُطعم عنه » فليس بثابت ... » ا . هـ من شرح النووي على صحيح مسلم (٢٥/٨) .

(٢) اتفق الأئمة على أن من بدأ الصيام من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة ، أجزأه ذلك ، وسواء كانا تامين أو ناقصين . وإن بدأ في أثناء شهر ، فصام ستين يومًا أجزأه ، بلا خلاف .

وأما الصورة المختلف فيها ، فهي إن بدأ صيامه في أثناء شهر وصام الشهر الثاني بالهلال ، ثم أَتَمَّ الشهر الأول ثلاثين من الشهر الثالث ، فهذه الصورة لها حالتان :

(الأولى) : إن تمَّ الجميع ستين يومًا ، أجزأه بلا خلاف .

(الثانية) : إن لم يكمل المجموع ستين يومًا ، ففيه خلاف . فعند الشافعية والمالكية والحنابلة أن ذلك يجزئه ، وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده لا يجزئه ذلك إلا أن يتمه ستين يومًا . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . المهذب مع المجموع (٨٦/١٩) المغني لابن قدامة (٣٧٨/٧) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢/٧) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من كانت كفارته بالصيام ، فوطيء المظاهَرَ منها ليلًا متعمدا ، لم يفسد تتابعه ، وإن كان عاصيا بذلك . انظر : الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) . المهذب مع تكملة المجموع (٨٦/١٩) . روضة =

الرابعة : الحيض لا يقطع التتابع . والمرضُ الذي يُبيح مثلُه الإفطارَ ، فيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنه لا يقطع [التتابع] (١) ؛ لأنه لا يزيد وصف التتابع (٢ على وصف شهر رمضان ٢) .

والثاني : أنه يقطع ؛ لأن تدارك التتابع ها هنا ممكن بخلاف وصف رمضان (٣) .

وفي السفر قولان مرتبان وأولى بأن يقطع ؛ لأنه منوط بالاختيار . ولو قيل : إنه لا يقطع - على بُعْدٍ - فلا يبعُد أن يُجْزِئَ فيما إذا نَسِيَ النيةَ ، ولا قائلَ به ، لأنه مقصِّرٌ بالنسيان ، ولذلك يلزمه الإمساكُ دونَ الحائضِ والمسافر إذا زال عذرهما .

فرع : (٤ لو أرادت الحائض أن تفطر ، ثم بعد الطهر تستأنف شهرين ٤) ، ففيه إحباط لوصف الفرضيّة من الصوم السابق ، فهذا فيه احتمال ، والأظهرُ جوازه ؛ لأنه على التراخي ، وما مضى لا يفسد ، وكانت الفرضية موقوفة على الفراغ .

* * *

= الطالبين (٣٠٢/٨ ، ٣٠٦) .

ومذهب أبي حنيفة : أن تتابع الكفارة يَفْسد بالوطء . وهو مذهب المالكية ، والحنابلة . وقد اشتد نكير ابن العربي المالكي على قول الشافعي (رحمه الله) هذا حتى قال : هذا كلام من لم يَذُقْ طعم الفقه !! . انظر : المبسوط (٢٢٥/٦) . العناية على الهداية (٢٦٦/٤) ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٧/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٤/١٧) . المحرر في الفقه (٩٣/٢) . الفروع (٥٠٥/٥) . المبدع (٦٣/٨) . الإنصاف (٢٢٧/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٩/٥) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « على وصف رمضان » .

(٣) والجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) أنه يقطع التتابع . انظر الروضة (٣٠٢/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٤) في (أ) : « لو أرادت الحائض أن تفطر بعد الطهر وتستأنف شهرين » .

الخصلة الثالثة

الإطعام

ويعدل إليه العاجزُ عن الصوم بالهَرَمِ ، والمرضِ الذي يدوم شهرين ، وليس توقعُ الصحة بعده كتوقُّع رجوعِ المال الغائب بعد شهرين ؛ لأن مَنْ له مالٌ غائب يُسَمَّى واجِدًا ، وهذا يُسمى عاجزًا في الحال . وفي انتقال المسافر إلى الإطعام تردّدٌ .

وأما الشَّبَقُ [1] المفرِطُ ، فالظاهرُ : أنه لا يُرَخِّص في العدول إلى الإطعام . وهو القياسُ، وفيه وجهٌ يستند إلى حديث الأعرابي [2] ، وقد ذكرنا إشكالَه في الصوم .

والنظر بعد هذا في : قَدْر المخْرَجِ ، وجنْسِه ، والمخرَجِ إليه ، والإخراجِ :

أما جنسُ المخرج ، فهو كزكاة الفطر . وأما قدره فستون مدًّا [3] .

وأما المخْرَجُ إليه ، فالمسكينُ الذي يجوز صرفُ الزكاة إليه . ولا يجوز عندنا أن يَصْرف إلى مسكين واحد ستين مدًّا في ستين يومًا ، خلافًا لأبي حنيفة

---

(١) الشبق : هو شدة ميل النفس إلى الوطء ، فلا يكاد يصبر على تركه . انظر المصباح المنير (١/٤٦٢) مادة (ش ب ق) .

(٢) وهو حديث حسن : رواه أبو دواد (٢/٦٦٠) (٧) كتاب « الطلاق » (١٧) باب في « الظهار » حديث (٢٢١٣) وفيه « .. فقال له النبي ﷺ : « حَرِّرْ رقبة » قلت : والذي بعثك ما أملك رقبة غيرها – وضربتُ صفحة عنقي – قال : « فَصُمْ شهرين متتابعين » قال : وهل أصبتُ الذي أصبتُ إلا من الصيام ؟! قال : « فأطعِمْ وسقًا من تمر بين ستين مسكينًا » قلت : والذي بَعَثَك بالحق ، لقد بِتْنَا وَحْشين ، ما لَنا طعامٌ . قال : « فانطلِقْ إلى صاحب صدقة بني زريق ، فَلْيدفعها إليك ، فَأَطعم ستين مسكينًا وسقًا من تمر ، وكُلْ أنت وعيالُك بقيَّتَها ... » قال : فرجعتُ ... » الحديث . ورواه الترمذي (٥/٣٧٧) حديث (٣٢٩٩) وحسَّنه . ورواه ابن ماجه (١/٦٦٥) حديث (٢٠٦٢) . ورواه أحمد في مسنده (٥/٤٣٦) والحاكم في مستدركه (٢/٢٠٣) وقال : صحيحٌ على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٨٥) رووه جميعًا من طرق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمهة ابن صخر البياضي ، وهو الأعرابي المذكور ، صحابي أنصاري خزرجي ويقال له : البياضي ، وكان (رضي الله عنه) أحد البكائين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١/٢٣٠).

(٣) والمدُّ يساوي بالجرامات خمسمائة وأربعة وأربعين جرامًا . انظر : معجم ألفاظ والفقهاء ص (٤١٧) .

(رحمه الله) [١] ، فلابُدّ من رعاية عدد المساكين ؛ لِظاهر الآية [٢] .

وأما الإخراج ، فهو التمليك والتسليط التامُّ ؛ فلا يكفي التغديةُ والتعشيةُ بتقديم التمر [٣] إلى المساكين .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : لا يجوز صرف كفارة الإطعام إلى شخص واحد ، بل لا بد من العدد ، وهو ستون ، لأن الله نص على ذلك. وهذا مذهب المالكية أيضًا. انظر: الأم (٥/ ٢٨٤). مختصر المزني ص(٢٠٦) الروضة (٨/ ٣٠٥). تكملة المجموع شرح المهذب (٩١/١٩) . الكافي ص (٢٨٥) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجوز إطعام مسكين واحد ستين يومًا ، ولو دفع الكل إليه مرة واحدة ، لا يجوز ؛ لأن التفريق واجب بالنص . فأما التمليك منه في يوم واحد في دفعات ، فقيل : لا يجزئه ، وقيل : يجزئه . انظر : الاختيار (١٦٦/٣) . فتح القدير (٢٧١/٤) . ملتقى الأبحر (٢٨٥/١) . الفتاوى الهندية (٥١٣/١) . الدر المختار (٤٧٩/٣) .

ومذهب الحنابلة : أنه لا يجوز صرف ستين مدًّا لمسكين واحد ، إلا أن لا يجد مسكينًا غيره ، فيجوز دَفْعُها إليه حينئذٍ . انظر : الفروع (٥٠٧/٥) . المبدع (٦٥/٨) . الإنصاف (٢٣٠/٩) . كشاف القناع (٣٨٦/٥) .

(٢) يعني بالآية قوله تعالي : ﴿ فإطعام ستين مسكينًا ... ﴾ [المجادلة : ٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الطعام » .

كتاب اللعان (١)

(١) هو لغة : المباعدة . ومنه قولهم « لعنه الله » أي : أبعده وطرده ، وسُمّي بذلك لِبُعْد أحد الزوجين من الرحمة ، أو لِبُعْدِ كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبدًا .

وهو شرعًا : كلماتٌ معلومة ، جُعِلت حجةً للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نَفْي ولدٍ ، كما سيأتي إن شاء الله . وسُميت هذه الكلمات لعانًا ؛ لقول الزوج : عليّ لعنةُ الله إن كنت من الكاذبين . وإطلاقُه في جانب المرأة من مجاز التغليب . انظر : المصباح المنير (٢ / ٨٥٤) مادة (ل ع ن) . مغني المحتاج (٣ / ٣٦) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٩١ ، ٣٩٢) .

واللعانُ عبارةٌ عن أَيمانٍ يَذْكر اللعنَ فيها مَنْ نسب زوجتَه إلى الزنا ، فيدرأُ الحدَّ والنسبَ عن نفسه بمجرد يمينه ؛ وذلك رخصة لمسيس الحاجة إلى صيانة الأنساب ، وعُسْرِ إقامة البيِّنة على زنا المرأة .

وردت أوّلًا في عويمر بن مالك العجلاني [1] ، قذف زوجتَه بشريك بن السّحماء ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « هلال بن أمية » . وهو صحيح أيضًا ، وهذه السياقة – التي أوردها الغزالي – إنما صحت من حديث هلال . وقد ورد الحديث في كل منهما . مما يدل على تعدُّد القصة قطعًا كما يقول الحافظ ابن حجر (رحمه الله) ، ومن العجيب أن كلا من عويمر بن مالك وهلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء ، ويبدو أن الأخير كان يهوديا ثم أسلم . انظر : تهذيب الأسماء (٢ / ٤١) . فتح الباري (٩ / ٣٥٧) .

أولا : قصة هلال بن أمية : روى البخاري في صحيحه (٨ / ٣٠٣) كما في الفتح (٦٥) كتاب « التفسير » (١) باب ﴿ ويَدْرَأُ عَنْهَا العذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إنه لمَنَ الكَاذِبِينَ ﴾ حديث (٤٧٤٧) . بإسناده إلى ابن عباس أن هلال بن أمية ، قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء ، فقال النبي ﷺ : « البينة ، وإلا حَدٌّ في ظهرك » . فقال : يا رسول الله ، إذا رأى أحدُنا على امرأته رجلًا ، ينطلق يلتمس البينة ؟! فجعل النبيُّ ﷺ يقول : « البينة وإلا حَدٌّ في ظهرك » . فقال هلال : « والذي بعثك بالحق ، إني لصادق ، فَلَيُنَزِّلَنّ الله ما يُبَرِّىءُ ظهري من الحدّ » فنزل جبريلُ ، وأنزل عليه ﴿ والذين يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِين ﴾ . ورواه مسلم بإسناده عن أنس قال : « إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، وكان أول رجل لاعن في الإسلام ... » الحديث . انظر صحيح مسلم (٢ / ١١٣٤) (١٩) كتاب « اللعان » حديث (١٤٩٦) .

ثانيا : قصة عويمر العجلاني : روى البخاري في صحيحه (٣٠٣/٨) كما في الفتح (٦٥) كتاب « التفسير » (١) باب ﴿ والذين يَرْمُوَن أَزْوَاجَهُم ... ﴾ الآية . حديث (٤٧٤٥) بإسناده عن سهل بن سعد أن عويمرًا أتى عاصِمَ بنَ عدي – وكان سيد بني عجلان – فقال : كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ، أم كيف يصنع ؟! سَلْ لي رسولَ الله عن ذلك . فأتى عاصمٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، فَكَرِهَ رسولُ الله ﷺ المسائلَ ، فسأله عويمر ، فقال : إن رسول الله ﷺ كره المسائل وعابها . قال عويمر : والله ، لا أنتهي حتى أسال رسول الله ﷺ . فجاء عويمر فقال : يا رسول الله ، رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يصنع ؟ فقال رسول الله ﷺ : « قد أنزل الله القرآنَ فيك وفي صاحبتك » فأمرهما رسول الله ﷺ بالملاعنة ... » الحديث .

قال الحافظ ابن حجر : « وقد اختلفَ الأئمة في هذا الموضع : فمنهم من رجح أنها نزلت في شأن عويمر . ومنهم من رجح أنها نزلت في شأن هلال ، ومنهم من جمع بينهما بأن أول من وقع له ذلك هلالٌ ، وصادف مجيء عويمر = أيضًا ، فنزلت في شأنهما في وقت واحد ، وقد جنح النووي إلى هذا » . فتح الباري (٨ / ٣٠٤ وما بعدها) .

فقال ﷺ : « لتأتينَّ بأربعةِ شهداء ، أو لأجلدَنَّ ظهرك » فاغتمَّ ، وقال : أرجو أن يُنزل الله قرآنًا يُبَرِّىء ظهري » . فنزل قولُه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ... ﴾ الآية [(١)] .

ونظَرُ الكتابِ في قسمين : القذف ، واللعان .

* * *

= وقال أيضًا في موضع آخر : « وظهر لي احتمال ، وهو أن يكون عاصم سأل قبل النزول ، ثم جاء هلال بعده ، فنزلت عند سؤاله ، فجاء عويمر في المرة الثانية – التي قال فيها : « إن الذي سألتُك عنه قد ابتُلِيتُ به » – فوجد الآية نزلت في شأن هلال ، فأعلمه ﷺ أنها نزلت فيه ، يعني أنها نزلت في كل من وقع له ذلك ؛ لأنَّ ذلك لا يختصّ بهلال » . فتح الباري (٩ / ٣٥٩ وما بعدها) .

(١) ونصُّها : ﴿ والذين يَرْمُون أزواجَهم ولم يكنْ لهم شهداءُ إلا أنفسُهم فشهادةُ أحدِهم أربَعُ شهاداتٍ باللّه إنّه لمن الصَّادقين ﴾ [النور : ٦] .

القسم الأول

في القذف

(وفيه بابان)

الباب الأول

فيما يكون قذفًا من كافة الخلق ، وفي موجبه

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في ألفاظ القذف

وفيه [1] ثلاثة أقسام : صريحٌ ، وكنايةٌ ، وتعريضٌ [2] / . ٢١٠/أ

أما الصَّريح : فهو كقوله : « يا زاني » أو « زنيتَ » أو « زنى فرجُك » ، وكذلك ذِكْرُ « النيك » و « إيلاجُ الفرْجِ » مع الوصف بالتحريم . فهذا لا يُقْبل فيها تأويلٌ .

أما الكناية : فكقوله للنَّبطي : « يا عربيّ » ، أو للعربي : « يا نَبطي » فإن أراد الزنا فهو قذفٌ ، وإلَّا فلا . ثم إذا أنكر إرادةَ الزنا توجّهت اليمينُ عليه ، وإنما يتمُّ القذفُ باعترافه بالنّية ؛ إذْ به يحصل الإيذاءُ التّام ، ويجب الحدُّ بينه وبين الله تعالى إذا نوى .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٢) الكناية عند أهل الأصول : « ما استتر المرادُ منه ، وهو أن يتكلم بالشيء ويريد غيره » ومن ثم فلابُدَّ من النية ، أو ما يقوم مقامها – من دلالة الحال أو القرائن المحتَفَّة بالكلام – وذلك حتى يُعْرف ماذا قصدَ القائلُ .

وأما التعريضُ ، فهو : « تَضْمين الكلام دلالةً ليس لها فيه ذِكْرٌ » . كقولك : « ما أقبحَ البخلَ » تعريضًا بشخص ما . والفرقُ بين الكناية والتعريض ، أن الكناية ذكر الرَّدِيف وإرادة المردوف ، كقولك : فلانٌ طويلُ النجادِ ، كثيرُ الرمادِ ، تعني أنه طويل مِضْيَاف . انظر : أنيس الفقهاء ص (١٥٦) وما بعدها .

وإن أنكر النيةَ كاذبًا ، فهل يلزمه إظهارُ النية ؟ فيه نظرٌ ، من حيث إن فيه إيذاءً ، فيبعد إيجابُه ، وسَتْرُ ذلك - لكفِّ الأذى - أَوْلى إلا أن يرهق إليه باليمين ، فلا يُباح له اليمينُ الغموس ؛ فيلزمُه الاعترافُ . وقد قال الأصحابُ : يجب عليه الإظهارُ بكل حالٍ ، كما لو قال [١] في خُفْية ، فيلزمه الإظهارُ [٢] . وقد ذهب بعضُ العلماء إلى أنه لا قذفَ بالكناية ؛ لأن الإيذاء لا يتمُّ [به] [٣] .

وأما التعريضُ : فكقوله : « يا ابنَ الحلالِ » وكقوله : « أما أنا فلستُ بزانٍ » فهذا ليس بقذف وإنْ نوى ؛ لأن اللفظَ ليس يُشْعر به ، ولقد جاء رجلٌ من فَزَارة إلى رسول الله ﷺ وقال : إن امرأتي ولدتْ غلامًا أسودَ - مُعَرِّضًا بزناها - فلم يجعلْه رسول الله ﷺ قاذفًا ، ولكن قال : هل لك إبلٌ ؟ فقال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : فهل فيها أسودُ ؟ قال : نعم ، قال : فَلِمَ ذلك ؟ قال : لعلَّ عرقًا نَزَعَ ، فقال النبي ﷺ : « لعل عرقًا نزع » [٤] . وقال مالك (رحمه الله) : « التعريض قذفٌ [٥] » . والحديثُ حجةٌ عليه .

---

(١) كذا بالنسخ الثلاثة ، ولعلها « قتَل » انظر روضة الطالبين (٨ / ٣١٢) .

(٢) من قوله : « وقد قال الأصحاب ... إلى قوله : فيلزمه الإظهار » ساقط من (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) الحديث رواه البخاري (٩ / ٣٥١) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٢٦) باب « إذا عرّض بنفي الولد » حديث (٥٣٠٥) بإسناده عن أبي هريرة أن رجلًا أتى النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، وُلِدَ لي غلامٌ أسود !! فقال : هل لك من إبلٍ ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانُها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : هل فيها من أَورق ؟ قال : نعم ، قال : فأنَّى ذلك ؟ قال : لعله نَزَعه عرقٌ ، قال : فلعلّ ابنك هذا نزعَه » . ورواه مسلم (٢ / ١١٣٧) (١٩) كتاب « اللعان » حديث (١٥٠٠) ورواه أبو داود (٢ / ٦٩٤) حديث (٢٢٦٠) والترمذي (٤ / ٣٨٢) حديث (٢١٢٨) والنسائي (٦ / ١٧٨) وابن ماجه (١ / ٦٤٥) حديث (٢٠٠٢) جميعًا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به . وقوله : « أورق » هو الذي فيه سواد غير حالك ، بل يميل إلى الغبرة ، ومنه قيل للحمامة : وَرْقَاء .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن التعريض ليس قذفًا إلا إذا نوى به القذف . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) وعن الإمام أحمد روايتان : أظهرهما وجوب الحدّ فيه على الإطلاق - نوى أو لم يَنْوِ - والرواية الأخرى كمذهب الشافعي . انظر : الأم (٥ / ٢٩٣) . مختصر المزني ص (٢١٤) . المبسوط (٩/ ١٢٠) . رد المحتار (٣/ ٤٨٣) ، (٤ / ٨٠) . الإفصاح لابن هبيرة الوزير (٢ / ١٧١) .

=

ويتمُّ النظرُ في الألفاظ برسْمِ مسائل :

إحداها : إذا قال لامرأة : « زنيتُ بكِ » فهذا إقرارٌ بالزنا ، وقذفٌ للمرأة ، فعليه حدَّان ، وكان يُحتمل أن لا يُجعل قاذفًا ؛ لاحتمالِ أن يفسّر بأنها كانتْ مُسْتكرهةً ، ولم تكن مختارةً ، ولكن جُعِل قاذفًا اعتمادًا على ما يقتضيه الظاهرُ .

ولو قال لامرأته : « أنت زانيةٌ » فقالت : « زنيت بكَ » فراجعناها ، فإن أرادت [1] الزنا قبل النكاح سقط حدُّ القذف عن الزوج ، ووجب عليها حدّان : حدُّ الزنا ، [2] وحدُّ القذفِ للزوج [2] . فإن رجعتْ سقط عنها حدُّ الزنا ، ولا يسقط حَدُّ القذف ؛ إذ الرجوعُ لا يُسقط حقَّ الآدميِّ ، إنما يُسْقط حدودَ الله تعالى . ولو قالت : أردتُ نفْيَ الزنا كما يقول القائل : سرقتَ ، فيقول المخاطَبُ : سرقتُ ، سرقتُ معك ، فيُقبل قولُها مع اليمين ، ويكون لها طلبُ حدِّ القذف من الزوج ؛ لأن ذلك معتادٌ في الجواب . وقد اختلف أصحابنا فيما لو قال : لي عليك دينارٌ ، فقال : زِنْهُ ، أنه هل يكونُ إقرارًا ؟ .

الثانية : لو قال : يا زانيةُ ، فقالتْ : أنت أَزْنَى مِنِّي ، فهو قاذفٌ ، وليست هي مُقِرَّةً ، ولا قاذفةً للزوج ؛ لأنها لم تنسُبْ [3] لنفسها زنًا حتى يكونَ هو زانيًا بكونه أزنى منها .ولا نقول : إن الترجيحَ [4] يوجبُ المشاركةَ في الأصل ؛ فإن عادة المشاتمة لا تُنزَّل على وضْع اللسان . نعم ، لو قال : فلانٌ زانٍ ، وأنت أَزْنى منه ، فهو قذفٌ للشخصين جميعًا . ولو قال : أنتَ أزنى من فلان ، فليس بقذْف .

= **ومذهب المالكية :** أن التعريض قذفٌ . انظر القوانين الفقهية ص (٣٦٢) .

(١) في الأصل : « أراد » وهو خطأ . والصواب ما في نسختي (أ) (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحدّ قذف الزوج » .

(٣) في (أ) : « لم تثبت » .

(٤) يعني بالترجيح صيغة الفعل ، فإنها على وزن « أفعل » وهو يقتضي اشتمال الطرفين على الصفة المشتركة بينهما إلا أنها في أحدهما أشدّ ظهورًا .

وكذا[١] لو قال: أنت أزنى من الناس، أو أزنى الناس[٢]. ولو قال: في الناس زُناةٌ، وأنت أزنى منهم، كان قذفًا. ولا نقول: إنه يعلم أن في الناس زناةً وإن لم يَذْكر، بل يُنْظر إلى لَفْظه. ولو قال: أنت أزنى من فلان - وكان قد ثبت زِنا فلانٍ بالبيِّنة، وكان القائلُ جاهلًا - لم يكن قذفًا. وإن كان عالمًا، كان قذفًا.

ولو قالتْ: أردتُ أنك زانٍ، ولستُ أنا زانيةً، فهي قاذفةٌ، فلكلٍّ واحدٍ على صاحبه حَدٌّ، ولا يتقاصَّانِ؛ لأن المقاصَّة في العقوبات - مع تفاوت موقعها في النفوس - لا وجْهَ له[٣]. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): يتقاصَّان[٤].

الثالثة: إذا قال للرجل: يا زانيةُ، أو للمرأة: يا زاني، فهو قاذفٌ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) في الصورة الأولى[٥]؛ والسببُ: فيه أن الإشارة تُقَدَّم على النَّحو والتذكيرِ والتأنيث.

ولا خلافَ أنه لو قال للرجل: زنيتِ، وللمرأة: زنيتَ، أنه قاذفٌ. ولو قال: زنأت في

---

(١) في (أ): «وكذلك».

(٢) وهذا ليس قذفًا؛ لأننا نعلم باليقين كذبَ القاذف في هذا؛ إذ مقتضاه أن الناس كلهم زناة، وأن هذا المقذوف أشد زنًا منهم.

(٣) يعني أن وَقْع القذْف على إنسانٍ ما لا يتساوى مع وقْعه على نفس إنسان آخر، فلكل فرد مرتبتُه الاجتماعية وحالته النفسية والخلقية، فربما يكون إنسان لو قذف، لكان هذا القذف سببًا في دمار حياته، ورُبَّ إنسان آخر لا يُؤثر فيه القذف شيئًا.

(٤) **مذهب أبي حنيفة** (رحمه الله): أنه لا تقاصَّ في الحدود. أما ما يستلزم تعزيرًا، فهذا يمكن فيه التقاصُّ. قال في الدر المختار: «إذا قال لآخر: يا زاني، فقال الآخر: لا، بل أنت، حُدَّا؛ لغلبةِ حق الله تعالى فيه، بخلاف ما لو قال: يا خبيث، فقال: بل أنت، لم يُعَذَّرا؛ لأنه حقهما، وقد تساويا، فتكافئا». الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤ / ٥٣).

(٥) **مذهب الشافعية**: إذا قال للرجل: يا زانية، فهو قاذف. وهو مذهب المالكية والحنابلة. انظر: الأم (٥/ ٢٩٥). الوجيز (٢ / ٨٥). الغاية القصوى (٢ / ٨٣٨). الإفصاح (٢ / ١٧٠).

ومذهب أبي حنيفة: أنه إذا قالت المرأة - أو الرجلُ - لرجلٍ: «يا زانية» مع تاء التأنيث، فلا حدّ على القائل؛ استحسانًا وهو قول أبي يوسف أيضًا. وقال محمد: عليه الحدّ. ولو قال لامرأة: يا زاني، فعليه الحدُّ اتفاقًا؛ لأن تاء التأنيث تحذف للترخيم. انظر المبسوط (٩ / ١١٤).

الجبل، وقال: أردت الترقِّيَ [1] [2] فيه، فليس بقاذف. ولو قال: زنيتَ في الجبل، وقال: أردت الترقي [2] فهل يُقبل؟ وجهان [3]. ووجهُ القَبولِ: أنَّ حذفَ الهمزةِ قد يَغْلب على اللسان، وقرينةُ ذِكْر الجبل تشهد له. ونصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنه لو قال: يا زانية في الجبل، أنه قذفٌ [4]. وقيل: يُفرَّق بين [5] البصير في العربية [5]، والجاهل؛ فلا يُقْبل حذف الهمزة من البصير.

الرابعة: إذا قال: زنى فرجُك، فهو قذفٌ، ولو قال: زنى عينُك، أو يدُك، أو رِجْلُك. ففيه وجهان. وظاهرُ ما نقلَه المزني (رحمه الله) أنه قذفٌ [6]. وهو فاسد؛ إذ قال ﷺ: «العينان تزنيان، واليدان تزنيان» [7].

---

(١) في (أ)، (ب): «الرقيّ». وقوله «زنأت في الجبل» أي: صعدت فيه. انظر المصباح المنير (١/٣٩٤) مادة (زنأ).

(٢) سقط ما بين الرقمين من (ب).

(٣) والأصح أنه قذف. انظر الروضة (٨/٣١٦). المنهاج ص (١١٣). مغني المحتاج (٣/٣٦٨). نهاية المحتاج (٧/١٠٦).

(٤) نصُّ الشافعي في الأم (٥/٢٩٦): «لو قال رجل لامرأته: «يا زانية» ثم قال: عنيتُ «زنأت في الجبل» حُدَّ، أو لاعن؛ لأن هذا ظاهر التزْنية. ولو وصل الكلام فقال: «يا زانية في الجبل» أُحلف ما أراد إلا الرقيَّ في الجبل. فإن لم يحلف، حُدَّ لها إذا حلفت: لقد أراد القذف». أما ما نقله الغزالي (رحمه الله) فهو - كما قال النووي - «نَقْلُ الفوراني عن الشافعي وتابعه عليه الغزالي في «الوسيط» وصاحبُ «العدة»، ولم أَرَ هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه، ولم ينقله إمام الحرمين؛ فَلْيُعتمد ما رأيتُه في الأم، فإن ثبت هذا كان قولًا آخر» الروضة (٨/٣١٦).

قلت: والفرق بين ما قاله الشافعي في الأم، وبين ما نقله الغزالي، أن ما في الأم نصٌّ بأن هذا القول - يا زانية في الجبل - كناية، وما نقله الغزالي عنه حكمٌ بأن هذا القول صريح لا يحتمل التأويل.

(٥) في (أ): «البصير بالعربية».

(٦) والمذهبُ أن هذا كناية. انظر روضة الطالبين (٨/٣١٧). المنهاج ص (١١٤). الغاية القصوى (٢/٨٣٧) ومغني المحتاج (٣/٣٧٠).

(٧) الحديث رواه البخاري (١١/٢٨) (٧٩) كتاب «الاستئذان» (١٢) باب «زنا الجوارح دون الفرج» حديث (٦٢٤٣) بإسناده عن ابن عباس قال: ما رأيتُ شيئًا أشْبَهَ باللمَم مما قال أبو هريرة عن النبي ﷺ: «إن الله كتب على ابن آدم حظَّه من الزنا، أدركَ ذلك لا محالةَ: فزنا العينِ النظرُ، وزنا اللسانِ المنطقُ، والنفسُ تتمنى وتشتهي، والفرجُ يصدِّق ذلك كلَّه ويُكَذِّبه». =

ومَنْ جعله قاذفًا قال : ذَكَرَ صريح الزنا وأضافه إلى البعض ، (1 ومن ضرورةِ الإضافة إلى البعض الإضافةُ إلى الكل 1) ، ولو خرج ذلك عن كونه صريحًا / لكان قولُه : « يا زاني » غَيْرَ صريحٍ ؛ إذ له أن يُفَسّر فيقول : (2 أردتُ بالزاني العينَ 2) . ٢١٠/ب

الخامسة : إذا قال لولدِه : لستَ منِّي ، أو لستَ ولدي ، ثم قال : أردتُ أنكَ لست تُشْبِهُني خَلْقًا وخُلُقًا ، لم يكن قاذفًا . نصّ عليه (3) . ونصَّ أن (4) الأجنبي إذا قال : لستَ ولدَ فلانٍ : أن ذلك لا يُقبل منه ، ويكونُ قاذفًا . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، وإليه مَيْلُ المزنيِّ (رحمه الله) :

أحدهما : أنه يُقْبل منه ؛ لِعُرُوِّ اللفظِ عن ذكرِ الزنا ، واحتمالِ ما قاله .

والثاني : أن ذلك لا يُفْهم منه في العادة .

ومنهم مَنْ فرَّق ، بأنّ الأبَ يُحتمل منه ذلك في مَعْرِض التَّأديب دونَ الأجنبيّ . والأقيسُ : أنه كنايةٌ في الموضعين جميعًا ؛ إذ ربما ينسبه إلى الوطء بالشبهة ، أو يُنكر ولادتَه على فراشه . ثم إذا فسّر بشيء من ذلك ، فلا يخفى كيفيةُ فَصْلِ الخصومة في نَفْيِ الولدِ ولُحوقِه (5) .

السادسة : إذا قال للولدِ المنفيِّ باللعان : لستَ من المُلاعِن . فإن أراد به النفيَ الشرعيَّ ،

= ورواه مسلم في صحيحه (٤/٢٠٤٦) (٤٦) كتاب « القدر » (٥) باب « قُدّر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره » حديث (٢٦٥٧) . ورواه أبو داود (٢/٦١١) حديث (٢١٥٢) ثلاثتهم من طرق عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به مرفوعًا .

(1) في (أ) ، (ب) : « ومن ضرورته إضافتُه إلى الكلّ » .

(2) في (أ) : « أردت الزاني بالعين » .

(3) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (٢١٣) . وقوله : « نص عليه » ساقط من (أ) .

(4) في (أ) : « على » .

(5) وفَصْلُ الخصومة – نفيًا ولحوقًا – أنه إن قال : أردت أنه من وطء شبهة ، فلا قذف . فإن ادعت إرادتَه القذفَ ، حلف على ما سبق ، والولدُ لاحق به إن لم يُعَيِّن الوطءَ بالشبهة ، أو عيَّنه ولم تصدقْه ولم يقبل الولد . وإن صدق وادعى الولد ، عُرِضَ على القائف ، فإن ألحقه به لحقه ، وإلا لحق بالزوج . انظر : روضة الطالبين (٨/٣١٨) .

فليس بقاذفٍ .(١ وإن كانَ أراد تصديقَ الملاعن١) في نسبة الولد إلى الزنا ، فهو قاذفٌ .

ولو قال لِقُرشيٍّ : لستَ من قريشٍ ، فإن قال : أردت أن واحدةً من أمهاته في الجاهلية زنَتْ ، فليس بقاذفٍ ؛ لأنها غيرُ معيَّنة [٢] . ومن قال [٣] : واحدٌ من أهل البلد زنى - أو الناسُ زناةٌ - فلا يكون قاذفًا [٤] ما لم يعيِّنْ .

* * *

(١) في (أ) : « فإن أراد به تصديق الملاعن » .

(٢) لكنه يُعَزَّر ؛ للأذى . انظر : الوجيز (٢ / ٨٦) . روضة الطالبين (٨ / ٣٢٠) .

(٣) في (أ) : « ولو قال » .

(٤) في (أ) : « قذفًا » .

الفَصْلُ الثّاني

في مُوجَب القَذْف

والقذف يُوجب التعزيرَ ، إلا إذا صادف محصنًا فيوجبُ الحدَّ ثمانين جلدةً (١) .

وخصال الإحصان : التكليفُ ، والإسلامُ ، والحريةُ ، والعفةُ عن الزنا الموجِب للحدِّ ؛ فإنّ مَنْ ثبت منه الزنا ، فكيف يُصَان عرضُه ، مع أن القاذف صادقٌ ؟! نعم ، يُعَزَّر . وأما الوطءُ الحرامُ الذي لا يوجب الحدَّ لقيامِ ملْكٍ ، أو شُبهةِ ملكٍ ، فهل يُبْطل الإحصانَ ؟ فيه خلافٌ ، وله درجاتٌ . فإذا وطىء مملوكتَه المحرَّمة برضاعٍ أو نسبٍ ، ففيه وجهان (٢) (٣ وفي الجارية المشتركة ، أو جارية الابن ، وجهان مرتبان ، وأَوْلى بأن لا يُبطل الإحصانَ ٣) . وفي مذهب (٤) الشافعيِّ (رضي الله عنه) - إذا وطىء في النكاح بلا وليٍّ - وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يبطل . وفي الوطء بالشبهة وظَنِّ الزوجيةِ وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يبطل . ووجهُ إبطالِه : أن ذلك يدل على قِلَّة التحفُّظ . ولو كان قد جرى صورة الفاحشة في الصّبي ، فوجهان مرتّبان على الوطء بالشبهة ، وأولى بأن لا يبطل .

أما الوطءُ في الحيضِ والصومِ والإحرامِ ، فلا يُبْطل . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه يُبطل . أمَّا مقدِّماتُ الوقاعِ - من اللمس ، والقُبْلة - فلا تُسقط الإحصانَ .

فروع

الأول : لو زنى المقذوفُ [بعد القذف] (٥) وقبلَ الحدِّ ، نصَّ أن الحدَّ يسقط . ونصّ في

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ والذينَ يَرْمُونَ المحصَنَاتِ ثُمّ لَمْ يأتوا بأربَعَةِ شهداءَ فاجْلِدُوهُمْ ثَمانِين جَلْدَةً ﴾ الآية [النور : ٤] .

(٢) قال في الروضة : إذا وطىء مملوكتَه المحرمة - كأخته أو عمته - برضاع أو نسب ، عالما بالتحريم ، فإن قلنا : يُوجب الحدَّ ، بطلت حصانتُه . وإن لم نوجب الحدَّ ، تبطل أيضًا على الأصحّ ؛ لدلالته على عدم عفّته ، بل هذا أفحشُ من الزنا بأجنبية . روضة الطالبين (٨ / ٣٢١ وما بعدها) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « وفي نص » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

الردة : أنه لا يسقط [١] . وعُلِّل ذلك بأن الزنا لا يقع هجومًا ، بل يتقدَّمه في الغالب مُرَاوداتٌ تقدح في المروءة . وهذا ضعيفٌ ؛ لأن المراودات السابقة لا تُبطل الإحصانَ ، ولا يُمكن أن يقال : الزنا لا يقع هجومًا ؛ فإنه لابُدَّ وأن يكون له أَوَّل ، والردةُ أيضًا لا تخلو عن تَقَدُّمِ تردُّداتٍ ، بل السببُ : أن مَنْ ثبت زناه في الحال ، يبعد أن يُجْلد ظهرُ غيرِهِ لصيانةِ عرضه - وهو قد هتَك عرضَه - بخلاف المرتدّ إذا عاد ، فإنّ العرض قائمٌ ، وقد كان الإسلام موجودًا عند القذف . وقال المزني (رحمه الله) : « لا يسقط بطرآنِ الزنا كما لا يسقط بطرآنِ الرّدة » [٢] . وقيل : هو قولٌ قديمٌ للشافعي (رضي الله عنه) .

الثاني : من زنى مرةً [٣] في عمره ، ثم عاد وحسُنتْ حالُه [٤] . قال القاضي : لا حَدَّ على قاذفِه ؛ لبطلانِ إحصانِه ؛ فإن اسم الزاني لا يسقط عنه . وهذا بعيدٌ فيما إذا صرح بقذفه بزنا جديدٍ ، ولكن كأنَّ العِرضَ إذا انخرمَ بالزنا ، فلا يزايلُه الخللُ بالعفّة بعدَه .

الثالث : لو أقام القاذفُ بينةً على زنا المقذوف سقط عنه الحدُّ ، ويكفيه لذلك شاهدانِ . ولو عجز فطلبَ يمينَ المقذوفِ على أنه ما زنى ، ففيه قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأن ظاهرَه الإحصانُ ، ولا عهدَ باليمين على نفْيِ الكبائر .

والثاني : نعم ؛ لأنه لو أَقَرَّ به لسقط عنه الحدُّ ، فَلْيَحْلِفْ أو لِيَنكُلْ حتى يحلفَ القاذفُ [٥] .

الرابع : لو مات المقذوف قبل استيفاء حدِّ القذف ، ثبت الحدُّ والتعزيرُ لوارثه ؛ لأن الغالبَ عندنا في حدّ القذف حقُّ الآدميين . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُورَث [٦] .

---

(١) انظر الأم (٥ / ٢٩٥) .

(٢) انظر الروضة (٨ / ٣٢٤) .

(٣) في (أ) : « من زنى بامرأة » وهو خطأ ؛ إذ السياق يأباه .

(٤) في (أ) : « حالتُه » .

(٥) الموافق لكلام الأكثرين من الشافعية أن له تَحْلِيفَه . انظر الروضة (٨ / ٣٢٥) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن حد القذف وتعزيره حقٌّ آدمي ، يُورث عنه إذا مات المقذوف قبل استيفاء حد القذف أو التعزير ، ويسقط بعفو المقذوف . انظر : الأم (٥ / ٢٩٢) . المنهاج ص (١١٤) . روضة الطالبين (٨ / ٣٢٥) . =

واعترف بأنه لو قذف ميتًا ، فلِوارثهِ طَلَبُ الحدِّ ابتداءً [1] .

ولو قذف مُوَرِّثَه ، فمات المورِّث سقط الحدّ ؛ لأنه صار شريكًا في استحقاق الحدِّ على نفسه . ثم فيمن يَرِثُ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يُوزَّع على فرائض الله تعالى [2] .

والثاني : أنه يختصُّ بالنسب ؛ إذ لا مَدْخلَ للزوجِ في حماية العرض ودَفْعِ العار .

والثالث : أنه يختصّ بالعصَبات من النسب / الذين لهم ولايةُ التزويجِ لدفعِ العار . وعلى ٢١١/أ هذا لا يستحقّ الابن . ومنهم من قال : يستحق ؛ لأنه أقوى العصبات في الميراث .

ولو عفا أحدُ الورثة سقط الكلُّ على وجهٍ ؛ لأنه لا يتجزَّأ . ولم يسقط على وجهٍ ؛ لأنه يستحيل أن يبطل حقّ الباقين من غير بدلٍ بخلاف القصاصِ الذي له بدل . والثالث : أنه يُوزع ،

= **ومذهب الحنفية** : أن حد القذف حق من حقوق الله تعالى ، وعليه تتخرج الفروع – المختلف فيها بينهم وبين الشافعية – مثل الصلح ، والعفو عن المقذوف ، وتوريث دعوى القذف ، فلا يصح شيء من هذا عند الحنفية . وروي عن أبي يوسف أنه يجوز للمقذوف العفو عن القاذف وإن رفع إلى السلطان . انظر : المبسوط (٩ / ١٠٩) . رءوس المسائل ص(٤٣٦).طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص(٢١٩).الهداية مع فتح القدير (٥ / ٣٢٦ وما بعدها) . حاشية ابن عابدين (٤ / ٥٢) .

واختلف قول مالك في جواز عفو المقذوف عن قاذفه عند السلطان ، فمرة قال : لا يجوز إلا أن يريد سترًا على نفسه . ومرة قال : يجوز على كل حال . ولم يختلف قوله أنه يجوز عفوه عن القاذف قبل رفعه إلى السلطان . انظر : الكافي ص (٥٧٧) .

ومذهب الحنابلة : أنه إن طالب المقذوفُ بالحد ثم مات ، ثبت لوارثه . أما إذا مات قبل الطلب فلا يثبت لوارثه

(١) انظر المبسوط (٩ / ١١٢) . العناية على الهداية (٥ / ٣٢٢) .

(٢) هذا الوجه هو أصحها . انظر الروضة (٨/٣٢٦) . المنهاج ص (١١٤) . مغني المحتاج (٣ / ٣٧٢) . نهاية المحتاج (٧ / ١١٠) .

فيسقط نصيبه [١] .

الخامس : إذا قُذِفَ المجنونُ [٢] بزنًا قبلَ الجنون [٢] ، فالحدُّ يجبُ ، ونصبر إلى إفاقتِه ، وليس للوليّ الاستيفاءُ ؛ لأنه متعلّق بتشفّي الغيظِ ، فلو مات ثبت لوارثه .

ولو قُذِفَ مملوكٌ ، فحقُّ طلبِ التعزيرِ له ، لا لسيده ؛ لأنه من خواصّ حقوقه . بل لو قذفه سيدهُ استحقَّ العبدُ تعزيرَه على المذهب الظاهر . ومنهم من قال : يُقال له : لا تَعُدْ ، فإن عاد يُعزّر كما يُعزر لو زاد في استخدامه على الحدّ الواجب .

ولو مات العبدُ بعد استحقاقِ التعزيرِ على أجنبيٍّ ، فهل يَسْتوفيه السيدُ ؟ فيه وجهان [٣] ، ووجهُه : أنه أولى الناسِ به إلّا أنه لا قرابةَ .

* * *

---

(١) أصح هذه الأوجه ، أنه يجوز – لمن لم يَعْفُ – استيفاءُ جميع الحد . انظر الروضة (٨ / ٣٢٦) . المنهاج ص (١١٤) .

(٢) في (أ) : « بزنا حال الجنون » وهو أليق .

(٣) قال في الروضة (٣٢٨/٨) : « يستوفيه سيده ؛ لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت ، كالحدّ . قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ، ولكنه أخصُّ الناس به ، فما ثبت له في حياته ، يكون لسيده بعد موته بحقّ الملك كمالِ المكاتبِ » .

الباب الثاني

في قذفِ الأزواجِ خاصةً

وفيه فصولٌ :

الفصل الأول

(١ فيما يُبيح القذفَ واللعانَ ، أو يُوجبه ١)

واعلمْ أن قذفَ الزوجِ في إيجاب الحدّ والتعزير ،كقذفِ الأجانب ، ولكن يُفارقُ الأجانبَ في ثلاثةِ أمور :

أحدها : في أنه قد يُباح له القذفُ ، ويجب عليه لضرورةِ نَفْيِ النسب .

والثاني : أن العقوبة التي تتوجَّه عليه – مِنْ حدٍّ وتعزيرٍ – تندفع باللعان .

والثالث : أن المرأة تتعرض لحدِّ الزنا بلعانه إلا إذا دفعتْ عن نفسِها باللعان ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ...﴾ الآية (٢) .

وإنما يُباح له القذفُ إذا استيقنَ (٣) أنها زنتْ ، أو غلَب على ظنِّه ذلك . ولكن إذا لم يكنْ ولدٌ ، فالأَوْلى أن يُطلّقها ولا يقذف ، ولا يُلاعِن ، ولكن لو فعل لم يأثمْ . وهذا فيه غموضٌ ، ولكن كأن القذفَ واللعانَ ، كالانتقامِ منها حيثُ لطختْ فراشَه .

(٤ ثم تحصل الغلبةُ على الظنِّ ٤) بقولِ عدلٍ حَكَى مشاهدته (٥) الزّنا . وتحصل مهما

---

(١) في (أ) : « فيما يبيح اللعان أو يوجبه » .

(٢) ونصُّها ﴿ ويَدْرأ عنها العذابَ أن تشهدَ أربعَ شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسةَ أنّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقين ﴾ الآيتان [النور : ٨ ، ٩] .

(٣) في (ب) : « تيقن » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم تحصل غلبة الظن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مشاهدة » .

استفاضَ بين الناس أنّ فلانًا يَزْني بها إذا رأى مع ذلك مخيلة ، بأنْ رآها معه في خُلوة . فإن تجردَ أحدُ المعنيين لم يحلَّ له ذلك ؛ لأن الخلوة مرةً ، لا تدل على الزنا . نعم ، لو رآها معه تحت شِعارٍ (١) ، على نعتٍ مكروهٍ : حلَّ له القذفُ ، وإن كان لا تحلُّ الشهادةُ بهذا القدْر . وإن رآها في الخلوة مرارًا متكررةً ، فهذا قريبٌ من المرّة الواحدة إذا انضمت (٢) إليه الشيوعُ ؛ فإن مستند أهل الاستفاضة ، هو مشاهدةُ ذلك مِرارًا .

أما نَفْيُ الولدِ باللعان ، فإنما يجوز بينه وبين الله تعالى إذا تيقَّن أن الولدَ ليس منه ، بأن لم يكن وطئها ، أو كان يعزل قطعًا ، أو أتتْ بولدٍ قبل ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ الوطء . وقال مالك (رحمه الله) : لا مبالاةَ بالعزل ، وليس له اللعانُ إذا اعترف بالوطء ، وأمكن إحالةُ الولدِ عليه (٣) .

أما إذا استبرأَها بحيضةٍ بعد الوطء ، ثم أتتْ بولدٍ ، فهذا هل يُبيح النَّفْيَ ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : نعم ؛ لأن ذلك أمارةٌ شرعيةٌ على النَّفْي ، ولذلك يندفع النسب عن التابع .

والثاني : أنه إنْ ظهر مع ذلك أمارةُ الزنا : جاز ، وإلا فلا يجوز ؛ لأن الحيض ليس بقاطعٍ ، والحاملُ قد تحيض (٤) .

والثالث : أنه يجوز ، ولكنْ حيث يجوز النفيُ يجب ؛ لأن السكوت عن إلحاقِ الباطلِ حرامٌ ، إذِ النسبُ يتعلّق (٥) بأحكامٍ كثيرة ، ولكن هاهنا وإن جاز ، فلا يجب .

---

(١) الشِّعار : الثياب ، ويطلق أصلًا على الثياب التي تلي جسد الإنسان مباشرة . وما فوقه يسمى « الدِّثار » . ولعل المقصود هنا ما يشبه الملاءة أو نحوها والله أعلم . انظر اللسان (٤ / ٢٢٧٥ وما بعدها) . القاموس (٥٣٤) مادة (ش ع ر) .

(٢) في (أ) : « إذا انضم » .

(٣) **مذهب المالكية** : أنه إذا كان يعزل عن امرأته وأتت بولد : لَحِقَهُ ، ولا مبالاة بعزله ؛ لأن الماء قد يسبق . انظر : القوانين الفقهية ص (٢١٧) . الشرح الصغير (٢ / ٦٦١) .

(٤) وهذا الوجه الثاني هو ما ذكره الغزالي في الوجيز (٢ / ٨٧) ولم يذكر غيره . وانظر الروضة (٨ / ٣٢٩) . والغاية (٢ / ٨٤٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متعلّق » .

وقال الإمام : لا يبعد أن لا يُوجَب اللعان ؛ لأنه إفضاحٌ وقدْحٌ في المروءة ، فنقول : إنما يحرم الاستلحاقُ كاذبًا ، أما إذا أُلحق الفراشُ به وهو ساكتٌ ، فلا يبعد أن لا يحرُمَ السكوتُ . وهذا غيرُ منقدح في صورة اليقين ؛ لأن أمر النسبِ عظيمٌ ، فلا يقضى عليه بالرسوم والمروءات .

ولا خلاف في أنه لا يحلُّ النفْيُ بمجردِ مشابهةِ الولدِ لغيرِه في الخلُق والخلْق ، (1) ولمخالفته للولد (1) في الحسْنِ والقُبحِ . نعم ، لو كان الأبُ في غاية البياض ، والولدُ في غاية السواد ، أو العكس : ذكر العراقيون وجهين . وهذا ينقدح إن كان مع ذلك تَظْهر مخيلةُ الزنا ، فأما مجردُ ذلك فلا ؛ فلعلّ عِرْقًا قد نزع . وأبو حنيفة (رحمه الله) حيث يُلْحِق وَلَدَ المشرقيِّ بالمغربي ، فلا شك في أنه يبيح القذفَ ، ويُحرمه عند إمكان العلوق بالوطء ، ونحن لا نُلْحق النسبَ إلا بعد ستةِ أشهرٍ من وقت إمكان الوطء (2) .

فرع : إذا أتتْ بولدٍ لمدة الإمكان ، ولكن الزوج رآها تزني ، واحتمل أن يكون من الزنا . فلو قذفَ ولَاعَنَ : انتفى في الظاهر ؛ بدليل قصة العجلاني ، ولكن لا يُباح له ذلك مع تعارض/ ٢١١/ب الاحتمالِ . ثم قال الأصحاب : ليس له القذفُ واللعانُ إن ترك نَفْيَ النسبَ . وقد صرحوا بجواز

---

(1) في (ب) : « ولمخالفته الوالد » .

(2) مذهب الشافعية : أنه لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يُمْكن إمكان الوطء . فإذا نكحها وطلقها في المجلس ، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا تحتملُ وصولَ أحدهما إلى الآخر ، وأتتْ بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة ، أو جرى العقدُ والزوجان متباعدان ، كأن يكون أحدهما بالمشرق والآخرُ بالمغرب ، وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ، ففي كل هذه الصور ينتفي الولدُ بغير لعان .

ومذهب المالكية والحنابلة : أنه لا يلحق النسب إلا بعد ستة أشهر من إمكان الوطء ، لا من حين العقد كمذهب الشافعية . انظر : الروضة (٨ / ٣٣٠) . الكافي ص (٢٨٩) . المقنع ص (٢٥٦) وما بعدها . المغني (٧ / ٤٢٨ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أنه يلحق به الولد إذا جاءت به لستة أشهر من وقت العقد ، وهو ما يَثبت به الفراش ، ولو لم يحصل التقاءٌ بينهما ظاهرًا ، ومثالُ ذلك تزوُّج المشرقيةِ بالمغربيّ ، يثبت نسبُ ولدها من الزوج . وقد استدلوا لهذا باستدلال عجيب وغريب جدا ، وهو أنه يحتمل أن يكون الزوج من أهل الكرامات ومن أهل الخطوة !!! فيحصل التقاءٌ بينهما ولا يراه الناسُ . انظر رد المحتار (٣ / ٥٥١) . الهداية (٢ / ٣١٤) .

القذف إذا لم يكن ولدٌ ، لمجردِ الانتقامِ من الزنا ، فهذا محتملٌ ، وغايةُ تعليلِه : أنه إذا كان ثَمَّ ولدٌ - لم يَجُزْ نفيُه - فنسبتُها إلى الزنا بغير الولد وتُطْلق الألسنةُ في نَسَبِه ، فلا يقاوم هذا الغرضُ غرضَ التشفِّي ، فلْيَقْتصر على طلاقها إن أراد ؛ (١) نظرًا لولده والذي لحقه (١) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « نظرًا لولده الذي لحقه » . وما قاله الغزالي في الوجيز في هذه المسألة أوضح مما هنا ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو أتت بالولد لزمان الإمكان ، ولكن رآها تزني ، وأراد اللعان دون نفي الولد لمجرد الانتقام : لم يجز على المشهور ؛ نظرًا للولد حتى لا تطول فيه الألسنة » . الوجيز (٢ / ٨٧) .

الفصل الثاني

في أركان اللعان ومَجاريه

وللعانِ سببٌ وهو القذف، وثمرةٌ، وأهلٌ – أعني الملاعِنَ – فهذه ثلاثةُ أركانٍ سوى ألفاظِه.

الركن الأول: الثمرة. وثمرتُه أربعةٌ (١): (٢ نفيُ النسبِ، أو قطعُ النكاحِ، أو دفْعُ عقوبةِ القذفِ، أو دفعُ عارِ الكذبِ في القذف ٢).

أما نفيُ النسَبِ في النكاح – إن تجرّد – جاز اللعانُ لأجله، وإن لم تكنْ عقوبةٌ بعفوها مثلا (٣). وكذلك إن لم يكن قَطْعُ نكاحٍ، بأن كان قد أبانها. ولو تجرّدَ غرضُ الدفعِ للعقوبة – ولم يكن ولدٌ ولا قطعُ نكاحٍ – جاز اللعانُ، كما لو قذفها وأبانها، ولم يكن ولدٌ. ولا فرق بين أن تكون العقوبةُ حدًّا أو تعزيرًا، بأن تكون الزوجةُ أَمَةً، أو ذِمّيّةً، أو غيرَ محصنةٍ على الجملة. وفيه وجه بعيدٌ: أن اللعان لدفعِ التعزيرِ غيرُ جائز. وهو ضعيفٌ؛ فإنه عقوبةٌ محذورة، وقد تنتهي إلى قريبٍ من الحدّ. وهذا إذا كان التعزيرُ لتكذيبه، فيكون له غرضٌ في تصديق نفسه، وفي دفْعِ العقوبةِ، فيجتمع الغرضان.

فإن كان تعزيرَ تأديبٍ لا تعزيرَ تكذيبٍ، مثل أن ينسبها (٤ إلى زِنًا قد قامت ٤) البينةُ عليه من قبل، أو اعترفتْ به (٥): فيؤدَّب؛ لإيذائِه بتجديد ذكرِ الفاحشةِ عليها. وقد نقل المزنُّى (رحمه الله) هاهنا أنها إنْ طلبتْ ذلك، عُزِّر ولم يلتعن (٦).

---

(١) في (أ)، (ب): «وثمراته أربعة» وهو أليق.

(٢) في (أ)، (ب): «نفي النسب، وقطع النكاح، ودفع عقوبة القذف ودفع عار الكذب في القذف».

(٣) يعني بسبب عفوها عنه.

(٤) في الأصل: «إلى الزنا فقد قامت». وفي (أ): «إلى زنا قامت». والمثبت من (ب).

(٥) في الأصل: «أو اعترف به» وهو خطأ واضح.

(٦) انظر ما نقله عن الشافعي (رحمه الله) في مختصره ص (٢٠٨).

ونقل الرّبيع (رحمه الله) : « [1] عُزِّر إنْ لم يلتعن [1] » ، فمنهم مَنْ قطع بأنه يُلاعن ، وغلَّط المزنيَّ (رحمه الله) . ومنهم من قطع بأنه لا يُلاعن ، وغلَّط الربيعَ ، [2] ومنهم من قال : قولان [2] .
والأصحُّ : أنه لا يلتعن ؛ لأن اللعان حجةُ تصديقٍ ، فكيف يُقام على ما ثبت صدقُه ، وإنما اندفاع العقوبةِ تابعٌ لظهور صِدْقه باللعان ، وهذا مُعْتَرَفٌ به ، فلا يَزيده اللعانُ وضوحًا .

فرعان

أحدهما : أنّ طَلَبَ العقوبةِ إليها لا إلى السّلطان ، فإن عَفَتْ ، فهل يُلاعِنُ إذا لم يكنْ غرضٌ آخرُ مِن نسبٍ يُدْفع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ دَفْع عارِ الكذب مقصودٌ أيضًا ، وإفضاحُها أيضًا - للانتقامِ منها - مقصودٌ باللعان المؤبّد للحُرْمة ، فله إقامة الحجة ، وإنما يندفع [3] هذا باعترافها لا بعفوها .

والثاني : أنه لا يُلاعن ؛ لأن هذا غرضٌ ضعيفٌ ، واللعانُ حجةُ ضرورةٍ [4] ، فلابد مِنْ غرضٍ مُهِمٍّ ، كدفعِ النسبِ أو العقوبةِ ، أمَّا قطعُ النكاحِ فممكنٌ بالطلاق [5] .

أما إذا سكتتْ عن الطلب ، فوجهان مُرتَّبان ، وأولى بجواز اللعان ؛ لأن غرضه الطلب . وهذا الخلافُ يرجع إلى أن طلب العقوبة ، هل هو شرطُ اللعانِ ، إذا لم يكن ثَمَّةَ [6] غرضٌ مِنْ : دفعِ [7] نسبٍ ، وقطعِ نكاحٍ ؟ . وإن كانت مجنونةً ، فوجهان مرتبان على العفو ، وأولى بالجواز .

---

(١) في (أ) : « أنه يُعَزّر ولم يلتعن » . وانظر الأم (٥ / ٢٨٧) .

(٢) في الأصل : « ومنهم من قال قولين » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (ب) : « يدفع » .

(٤) كلمة : « ضرورة » ساقطة من (أ) .

(٥) وهذا هو الصحيح أنه ليس له اللعان ؛ إذ لا ضرورة . انظر الروضة (٨ / ٣٣٣) .

(٦) كلمة : « ثمة » ساقطة من (أ) .

(٧) قوله : « من دفع » ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

الثاني : لو قال : زنى بِكِ ممسوحٌ ، أو قال للرَّتْقاء : زنيتِ ، فهو كلامٌ محال ، وليس فيه إلا التعزيرُ ؛ للإيذاء ، ولا سبيلَ إلى اللعان ؛ إذ كيف يُمَكَّنُ مِنْ أنْ يحلف على ما يُعْلم أنه كاذبٌ [فيه] ؟ . وذكر العراقيون [فيه] [1] وجهين كما في تعزير التأديب . وهو بعيدٌ .

الركن الثاني : الملاعن . وشَرْطُه أهليةُ اليمين مع الزوجية .

أما أهلية اليمين ، [2] فنَعْني به أنه لا [2] يُشترط أهليةُ الشهادةِ [3] فيصحُّ لِعانُ العبدِ ، والذميِّ ، والمحدودِ في القذْف ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [4] .

ثم الذميُّ لا يُجْبر على اللعان إلا إذا رَضِيَ بحكمنا . فإن طلبت المرأةُ اللعانَ ، وامتنع الزوجُ [5] ، فهل يُجْبر ؟ فيه قولان يجريان [6] في كل خصومة تجري بين أهل الذّمة [إن] [7] رضي بحكمنا أحدُ الخصمين . أما إذا لَاعَنَ ، وامتنعتْ ولم تَرْضَ بحكمنا : لم نُجبرها على اللعان ولا على الحدّ ؛ فإن الحدَّ حقُّ الله تعالى ، لا حقُّ الزوجِ فلا غرضَ للزوجِ في لعانها . وهكذا

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأهلية الشهادة هي : الإسلام ، والتكليف ، والحرية ، والعدالة ، والمروءة ، والبعد عن التهمة . انظر : روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) . والغاية القصوى (٢ / ١٠١٧) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يصح لعان العبد والذمي والمحدود في القذف . ومذهب المالكية : أنه يصح لعان العبد ولا يصح لعان الذمي والفاسق . وعن الإمام أحمد روايتان ، والمذهب : أنه يجوز لعان العبد والذمي . انظر : الأم (٥ / ٢٨٦) . مختصر المزني ص (٢٠٨ ، ٢٠٩) . الروضة (٨/ ٣٣٤) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . الشرح الصغير (٢/ ٦٥٨) . بداية المجتهد (٢ / ١٤١) . المقنع ص (٢٥٥) . المغني (٧ / ٣٩٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعانُ العبد ، ولا المحدود في القذف ، ولا الذمي ؛ لأنهم ليسوا من أهل الشهادة ، واللعانُ شهاداتٌ مؤكدة بالأيمان . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . المبسوط (٧/ ٤٠) . رءوس المسائل (٤٣٢) . الهداية (٢ / ٣٠٣) .

(٥) كلمة : « الزوج » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « يجري » . وفي (ب) : « يجريان » وهو المثبت .

(٧) زيادة من (ب) وهي زيادة مهمة .

لو قذف المسلمُ زوجتَه الذمية فامتنعت ، فلا نُجبرها (١ وإنما عليها حَدُّ الزنا ، وهو حقُّ الله تعالى لا حَقُّ الزوجِ ١) . نعم ، المسْلِمةُ إذا امتنعت من اللعان ، ولم يطلب الزوجُ لعانَها ، عَرَّضناها لحدِّ الزنا حتى تلاعنَ إن شاءت الدفعَ . ومن أصحابنا مَنْ أجرى القولين في إجبار المرأة الذّمّيّة . وهو بعيدٌ .

الشرط الثاني : الزوجيّة . فلو قذف الأجنبيُّ ، فلا يُلَاعِنُ . والنظر في نكاحٍ ضعيفٍ [٢] بالطلاق ، أو الرّدة [و] [٣] في النكاح الفاسدِ .

أما الرجعية ، فيلاعن / عنها ، ولا يتوقف على الرجعة ، بخلاف الإيلاءِ والظهارِ ؛ لأنّ ٢١٢/أ مقصودَ اللعان نفيُ [٤] النّسب والتحريمُ المؤبّد ودفعُ الحدّ ، وكلُّ ذلك (٥ لا يُنَافيه حالُ الرَّجعة ٥)

أما إذا ارتدَّ بعد المسيس فَقَذَفَ [٦] ، أو كان قذفُه [بزنا] [٧] قبل الردة ، فإن لَاعَنَ في الردة ، ثم عادَ إلى الإسلام : صحَّ لعانُه كما صَحَّ [٨] لعان الذميِّ ، فإنْ أصَرَّ تبينَّ فسادُ لعانِه ، وعند ذلك هل يقضى بوجوب الحدِّ مع جريان لعانٍ فاسدٍ ؟ فيه وجهان [٩] ، سنذكر مَأْخذَهما .

أما إذا نكح نكاحًا فاسدًا – أو وطيء بالشبهة ، ثم قذفَ – فإن كان ثَمَّ نسبٌ تعرَّض للحوق ، وأراد نَفْيَه ، فَيُلاعِنُ ويندفع الحدُّ [١٠] ؛ لأن اللعان عندنا يستقلُّ بمقصودِ نَفْي النسبِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [١١] ....

(١) في (أ) . « وإنما عليها حد الله تعالى ، لا حق الزوج » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ضَعُفَ » .

(٣) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « نفي » ساقطة من (ب) .

(٥) في (أ) : «الرجعية » . وفي (ب) : « لا ينافي حال الرجعة » .

(٦) في (أ) : « وقذف » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كما يصح » .

(٩) والأصح : أنه لا يندفع حدُّ القذف عنه . انظر الروضة (٨ / ٣٣٥) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « ويَدْفع الحدَّ » .

(١١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُشْترط لجواز اللعان تعلُّقُ جميع ثمراته به ، فنفيُ النسب هو المقصود الأُصلي ؛ فيجوز اللعان له وحده وإن كان لا ينقطع به نكاح ، أو لا يسقط به عقوبة ، كأن يكون أبانها ، أو عَفَتْ عن العقوبة =

.... وإن لم يكن [ثَمَّ] (١) نسبٌ ، فهو كالأجنبي ، لا يلاعن وعليه الحدُّ .

فإن ظنَّ صحةَ النكاحِ ، فَلَاعَنَ عند القاضي ، ثم بان فسادُه ، فهل تندفع العقوبة ؟ فيه وجهان كما في المرتدّ المصِرِّ :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسد (٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن الحدّ يندفع بالشبهة ، وهذه حجةٌ قامت على ظَنِّ الصحةِ في مجلس القاضي .

ثم مهما جرى اللعانُ في النكاح الفاسد ، ففي تعلُّق الحرمةِ المؤبّدة به خلافٌ ، مأخذُه : أنه لم يُفِدْ تحريمًا ، (٣ فكأنَّ التأبيدَ تابع للحرمة ٣) ، وقد كانت هي محرمةً (٤) . وكذلك في لعانها

= أو أقام بينة بزناها . وعندهم : يجوز نفي الحمل في أثناء الحمل ، وبعد وضعه مباشرة بعد علمه به .

ومذهب المالكية : أنه يجوز اللعان لنفي الحمل ، ولكنْ بشرط أن يدّعي أنه لم يطأها لأمد يلحق به ، أو يدعي الاستبراء بحيضة بعد الوطء . ويشترط أن يَنْفيه قبل وضعه ، فإن سكت حتى وضعته حُدَّ ولم يلاعن . ويُشترط أيضًا ألا يطأها بعد رؤيته زناها ، فإن وطئها لم يلاعن . انظر : الروضة (٨ / ٣٣٢) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا نفى الرجلُ حبلَ امراته ، فقال : هو من الزنا ، فلا لعان بينهما ، ولا يُحَدّ قبل الوضع . ثم عند أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا جاءت بالولد ، ثبت نسبُه من الزوج ولا يجري اللعانُ بينهما بذلك النفي السابق . وعند أبي يوسف ومحمد رحِمهما الله : إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ نَفَى ، فكذلك – أي لا يلاعن – وإن جاءت به لأقل من من ستة أشهر ، لاعن ولزم الولد أمّه ؛ إذ تيقنا أن الحبل كان موجودًا حين نفاه عن نفسه ، فكان هذا ونفيُه بعد الولادة سواءً . انظر : المبسوط (٧/٤٤ وما بعدها) . الهداية (٢/٣٠٥) . فتح القدير (٤/ ٢٩٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح أنه لا يندفع عنه الحدّ ، وعليه فلا يثبت شيء من أحكام اللعان . وهذا في حالة إذا لم يكن ولدٌ . الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٣) في الأصل : « فكان التأبيد تابعًا للحرمة » .

(٤) وفي الروضة (٨ / ٣٣٦) أن الحرمة تتأبد بهذا اللعان على الأصح .

خلافٌ ، يرجع حاصلُه إلى أنها ، هل تتعرّضُ للحدِّ بسبب لعانِه ؟ (١) فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجةٍ صحيحة على زناها . ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحدّ عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختصّ بمقصود الانتقام من تلطيخِ الفراشِ ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح .

أما إذا قذف (٢ في نكاحٍ صحيح ٢) ، ثم أبانها ، فله أن يلاعن لدرء النسب إن كان ، أو لدفع العقوبة ؛ لأنه جرى القذف حيث كان معذورًا ، فكان يجوز له اللعان ، فلا يتغير بما يطرأ بعد ذلك .

أما إذا قذفها – في النكاح – بزنًا قبل النكاح : فإن لم يكن نسبٌ ينفيه باللعان ، لم يُلاعِنْ . وإن كان ، فوجهان . ووجهُ المنع : أنه قَصَّرَ ؛ إذْ ذَكَرَ التاريخَ ، فكان ينبغي أن يقتصر على القذف واللعان (٣) .

أما إذا قذف بعد البينونة . فإن كان ثَمَّ ولدٌ ، فله اللعان ، وإلا فلا ؛ لأنه قذفَ أجنبيةً . وفيه وجه : أنه إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح ، لَاعَنَ . وهذا لا وجه له .

فروع

الأول : إذا قذفها ، فلاعن ، ثم أبانها ، ثم قذفها : فلا لعان ؛ لأنه قذف بعد البينونة . وأما الحدُّ فيُنْظر : فإن قذفها بذلك الزنا الذي لَاعَنَ عنه ، فلا حَدَّ ، ولكنْ يلزمه التعزيرُ للإيذاء . ولو قذفها بزنْيَةٍ أخرى ، فقولان (٤) :

---

(١) والأصح : أنه لا يلزمها حدّ الزنا ، ولا تلاعن معارضةً للعانه . انظر الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في نكاح فاسد » .

(٣) والصحيح : أنه لا يلاعن ؛ لأنه مقصر بذكر التاريخ ، وكان حقه أن يطلق القذف . فعلى هذا ، له أن ينشيء قذفًا ويلاعن لنفي النسب ، فإن لم يفعل لزمه الحدُّ . انظر الروضة (٨ / ٣٣٧) . مغني المحتاج (٣ / ٣٨٣) . نهاية المحتاج (٧ / ١٢٤) .

(٤) قال الحموي : « قوله : (إذا قذفها ، ثم أبانها ثم قذفها ، فلا لعان ؛ لأنه قذف بَعْدَ البينونة ، وأما الحد فينظر : إن قذفها بذلك الزنا الذي لاعن عنه ، فلا حد ولكن يلزمه التعزير للإيذاء ، ولو قذفها بزِنْيَةٍ أخرى فقولان ... إلى آخره) .

قلت : إذا قذفها فلاعن لدَفْعِ النسب إن كان ولدٌ ، وإلا فيلاعن لدفع الحد ، فإن عفت فلا يلاعن ، وإن قذف =

أحدهما : وجوبُ الحدِّ كما إذا لم يتقدَّمْ لعانٌ .

والثاني : لا ؛ لأنه سقطت حصانتُها [1] في حقّه بحجة اللعان .

= بعد البينونة لاعن إن كان ثَمَّ ولدٌ ، وإلا فلا ، وإن قذفها في النكاح بزنا قبل النكاح يلاعن إن لم يكن ولدٌ ، وإن كان فوجهان ؛ لأنه قصَّر بذكر التاريخ إذا ثبت هذا .

قلت : ذكرُ الشيخ البينونةَ بعد اللعان لا معنى له ؛ فإن البينونة حاصلةٌ باللعان لما لا يخفى لا سيما إذا وقع ذلك بعد لفظة « ثُمَّ » ؛ لكونها موضوعةً للترتيب والتراخي ، وهذا إشكال ظاهر .

قلت عنه جوابان : أحدهما : أن يقال : ذَكَرَ الشيخ قبل هذه المسألة مسألةً أخرى وهي : أنه لو ظنَّ صحةَ النكاح فلاعَنَ عند القاضي ثم بان فسادُه ، فهل تندفع العقوبة به ؟ فيه وجهان كما في المرتدِّ المُصِرّ : أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسدٌ . والثاني : نعم ؛ لأن الحدَّ يندفع بالشبهة . وهذه حُجَّةٌ قامت على ظن الصحة في مجلس القاضي ، ثم مهما جرى اللعانُ في النكاح الفاسد ففي تعلُّق الحرمة المؤبدة به خلافٌ ، مأخذه : أنه [لو] لم يعد محرمًا لكان التأبيد مانعًا للحرمة وقد كانت هي محرمة ، وكذلك في لعانها خلافٌ يرجع حاصلُه إلى أنها تتعرض للحدِّ بسبب لعانِه ، فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجة صحيحة على زناها ، ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحد عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختص بالزوج فمقصوده الانتقامُ من تلطيخ الفراش ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الذي ذكره الشيخ ينبني على أن النكاح الفاسدَ لا يقتضي عند وجود اللعانِ التحريمَ على التأبيد على أحد القولين ، وإذا كان كذلك أمكن أن يتزوجها بعد ذلك ثم يطلقها طلاقًا ثانيًا ثم يقذفها وذلك لا يتنافى كما لا يخفى .

الجواب الثاني : أمكن أن يقال : إن أكثر الشيء يُطْلَقُ عليه ما يطلق على جميعه بطريق المجاز من حيث اللغة ، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ الحج أشْهُرٌ معلومات ﴾ ومعلوم أن أشهر الحج شهران وعشرُ ليالٍ ، وذلك لا يطلق عليه « أشهر » من حيث إن أقلَّ الجمع ثلاثةٌ ، لكن لما كان كذلك هو المُعْظَم أُطْلِق عليه ما يطلق على الكل تجوُّزًا ، وإذا كان كذلك [أمكن أن يطلق عى اللعان لعانًا بطريق التجوُّز ، وإذا كان كذلك] كان ذكرُ البينونة بعده نافيًا للمجاز ، وجرى ذلك مجرى التوكيد فصار حقيقةً فيه ، ولما كان اللعان عند أبي حنيفة (رحمه اللّه) يتمُّ بدون الكلمة الخامسة ، وعندنا لا يتم إلا بها – أرْدَفَ البينونةَ بعد اللعان ، فلو اقتصر على ذلك لاعْتقد معتقدٌ أن مذهبنا كمذهب أبي حنيفة ، فلما تعرَّض له عُلِمَ أن البينونة لا تحصل عندنا إلا بالكلمة الخامسة ، فكان ذلك قطعًا لاحتمال مذهب أبي حنيفة بكل حال » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٢ / أ – ١٦٣ / ب) .

(١) في (أ) : « سقط حصانتُها » وهو صواب أيضًا .

ومن أصحابنا مَنْ قطع بالوجوب ، وقال : اللعان حجةُ ضرورةٍ [1] ، وهو حجة قاصرة ، كيف ، وقد عارضه لعانُها فتساقطا ، فلا وجه لإسقاط الحصانة . نعم . إذا حُدَّت ولم تلاعنْ ، ففيه وجهان مشهوران [2] .

أما إذا قذفها بزنًا منسوبٍ إلى ما قبل اللعان - سوى الزنا الذي لاَعَنَ عنه - فقد صادف حالةَ الحصانة فالظاهر أنه يُحَدُّ وفيه وجهٌ : أن انخرامَ الحصانة ينعطِفُ حكمُه على ما سبق ، فلا يُحَدُّ في الحال وهي غيرُ محصنةٍ في حقه .

أما إذا كان القذفُ من أجنبيٍّ ، فهو أولى بالتزام الحدّ [3] ؛ لأن تَسْرِيَةَ حكمِ اللعانِ إلى غير الزوجين - أبعدُ - .

الثاني : إذا قذف أجنبيةً ، ثم نكحها ، ثم قذفها ، ففي تعدُّد الحدِّ مع اتحاد المقذوف قولان : فإنْ قلنا : يتعدّد ، فإن لم يلاعن اسْتُوفِيَ الحدَّانِ ، وإن لاعن استوفي أحدُهما . وإن قلنا : الحدُّ متحدٌ ، فيُسْتوفى حدٌّ واحدٌ ، وإن لاعن ؛ فإن الحدَّ الأولَ لا يُؤَثر فيه اللعانُ ، وإنما يندرج تحت الحدّ الثاني إذا استوفي .

الثالث : المذهبُ الصحيحُ أن النسبَ في ملك اليمين لا يُنْفى باللعان ؛ لأن اللعان ورد في النكاح . فلو اشترى زوجتَه الرقيقة ، فأتتْ بولدٍ لزمانٍ لا يَحْتمل أن يكون من ملك اليمين ، فله النفيُ باللعان كما بعدَ البينونة بالطلاق . وإن احتمل [أن يكون] [4] من النكاحِ وملكِ اليمين جميعًا لم يُلاعن ؛ لأن الفراش الأخيرَ يقطعُ الفراشَ الأولَ ، وينسخُه . ولذلك إذا نكحتْ زوجًا آخرَ [5] ، وأتتْ بولدٍ لزمانٍ يحتمل العلوقَ من الأول والثاني أُلحق بالثاني قطعًا ، حتى فرَّع ابنُ

---

(١) في (أ) : « حجة ضرورية » .

(٢) وأصح هذين الوجهين أنه يُعَزَّر فقط ، كما في الروضة (٨ / ٣٣٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بإلزام الحدّ » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : « آخر » ساقطة من (ب) .

الحداد على هذا وقال : لو ادّعى المشتري الاستبراءَ بعد الوطء لم يلحقْه الولدُ بملكِ اليمين ؛ للاستبراء ، ولا بملكِ النكاح ، لانقطاع ذلك الفراش بفراش ملكِ يمين [١] . وطابَقَه عليه جماهيرُ الأصحاب / وفيه وجهٌ : أنه يلحقه ، وأن ملك اليمين لا يقطع حكمَ فراشِ النكاحِ من كل وجه . ٢١٢/ب

الركن الثالث : القذف . والقذفُ المسلّط على اللعان : نسبتُها إلى الوطء الحرام كالزنا ، ولو نسبَها إلى زنًا هي مستكرهةٌ فيه ، والواطىء زانٍ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يجري [اللعان] [٢] لِنَفْي النسب [٣] .

والثاني : لا ؛ لأن القذفَ مخصوصٌ في كتاب الله تعالى بالرَّمْي الذي يُحْتاج فيه إلى الشهادة وهو الزنا ؛ لأن اللعان انتقامٌ منها وإفضاحٌ ، والمستكرهةُ لا تستحقُّ ذلك [٤] .

ولو نسبها إلى وطءِ شبهةٍ تشتمل [٥] الشبهةُ الجانبينْ ، فوجهان مرتَّبان ، وأولى بأن لا يجري . وقطعَ العراقيون بأنه لا يجري ؛ لأن الولدَ يُمْكن أن يَلتحق [٦] بالواطىء بالشبهة ، فيدور بينهما ، ويُعْرض على القائف [٧] ، فلعله يُلْحقه به ، وإنما اللعانُ لنفيِ ولدٍ لا يكون له نسبٌ ، وهذا [إنما] [٨] يتَّجِهُ إذا اعترفَ الواطىءُ بالشبهة بالوطء، فإن لم يَعْترف فلابد من تجويز اللعان لأجلِ النسب .

---

(١) في (أ) : « بفراش ملك اليمين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) إنْ كان ولدٌ لَاعَنَ لِنَفْيِه ، وإلا فيلاعن أيضًا على المذهب ، ولا حدّ عليها . الروضة (٨ / ٣٤٣) .

(٤) قال في الروضة (٨ / ٣٤٢) : ويجب لها التعزير على الأصح ؛ لأن فيه عارًا وإيذاءً .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تشمل » .

(٦) في (أ) : « يلحق » .

(٧) القائف : هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ، ويَعْرف شَبَهَ الرجل بأخيه وأبيه . يقال : فلانٌ يَقْفُو الأثر ، ويقتافه قِيافة . وجمع « قائف » : قافة . والمقصود به هنا أنه الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : اللسان (٥ / ٣٧٧٦) . المصباح المنير (٢ / ٨٠١) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) مادة (ق و ف) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٣) .

(٨) زيادة من (أ) .

أما إذا قال : ليس الولدُ مِنِّي – ولم يُضِفْ إلى جهةٍ – ففيه ترددٌ ؛ لأنه دائرٌ بين المستكرهة ، وبين الشُّبْهة ، وبين الزنا [١] .

ولا يُشْترط في القذف أن يقول : رأيتُها تزني ، ولا أن يَدَّعي الاستبراءَ خلافًا لمالكٍ (رحمة الله عليه) [٢] .

* * *

(١) قطع العراقيون بأنه لا يلتفت إلى ذلك ، ويلحق الولد بالفراش ، إلا أن يُسْنِد النَّفْيَ إلى سبب معين ويلاعن . انظر روضة الطالبين (٨ / ٣٤٤) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط في القذف أن يقول : رأيتها تزني ، بل تكفي نسبتها إلى الزنا بقوله : زنيتِ ، أو يازانية، أورأيتك تزنين، وسواءقذف بذلك زوجته أوأجنبية . وهذامذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر: الأم(٥/٢٨٦). مختصر المزني ص(٢٠٨). الوجيز(٢/٩٠). الروضة(٨/٣٤٤). مختصر الطحاوي ص(٢١٥). فتح القدير(٤/٢٧٦). المقنع ص(٢٥٥)، (٢٩٩). المغني (٧/٤٠٣).

ومذهب المالكية : أن اللعان لا يكون إلا إذا قذف زوجته قذفًا صريحًا برؤية زناها . أما إذا قذفها بالزنا – بغير رؤية – فلا يتم اللعان ، وإنما يقام عليه حدّ القذف فقط . وكذلك إذا عرّض بالزنا أُقيم عليه الحدّ ولا يلاعن . انظر : الشرح الصغير (٢ / ٦٨٥ ، ٦٦١) .

الفصل الثالث

في فروع متفرِّقة

وهي خمسةٌ :

الأول : إذا قذفَها بأجنبيٍّ ، تعرَّض لحدّ الأجنبيِّ . فإن لَاعَنَ سقط عنه [الحدّ] [١] عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه أقام حجةً على عَيْنِ تلك الزنية ، فصُدقَ من وجهٍ ، والحدُّ يَسْقط بالشبهة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : [٢] أثرُ اللعانِ مقصورٌ على الزوجين [٢] ، فلا يتعدّى إلى الأجنبي .

وهذا إذا ذَكَرَه [٣] في اللعان ، فإنْ لم يذكرْه في اللعان ، فقولان :

أحدهما : السقوطُ ؛ للشبهة ، ولقصّةِ العجلاني ، فإنه لم يذكر شريكَ بنَ السحماء في اللعان ، وذكرَه في القذف .

والثاني : يجبُ – وهو القياسُ – ؛ لأنه لم يُقِمْ عليه حجةً [٤] .

وأما ابنُ السحماء فلعلَّه لم يَطْلب . ونشأ من هذا نظرٌ ، وهو أنه (عليه السلام) لم يُنبِّه ابنَ السحماءِ على ثبوت حدّ القذف له [٥] . فذكر صاحبُ « التقريب » وجهينْ في أن مَنْ قَذف عند القاضي ، فهل على القاضي أن يُنبِّه المقذوفَ [٦] ؟ .

أحدهما : لا ؛ لقصةِ شريكِ بنِ السحماء .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة .

(٢) في (ب) : « إن اللعان مقصور على الزوجين » وهو صحيح أيضًا .

(٣) يعني إذا ذكر اسمَ الأجنبيِّ في اللعان .

(٤) وهذا القول الثاني هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٣٤٤) .

(٥) في (أ) : « لم يُنَبِّهْ ابنَ السحماء على ثبوت الحدّ » .

(٦) والمذهب وجوب إخبار المقذوف . انظر الروضة (٨ / ٣٤٥) .

والثاني : نعم ؛ لقصة العَسِيف [١] ؛ إذ قال ﷺ : « واغْدُ يا أُنَيْسُ [٢] على امرأةِ هذا ، فإن اعترفتْ فارجُمْها » [٣] ؛ إذ لم يكن الغرضُ إقرارَها للرجم ، بل إنكارَها ؛ ليثْبتَ حدّ القذف .

الثاني : إذا قذف نسوةً بكلمة واحدة ، ففي تعدُّد الحدّ قولان . فإن قذف امرأتَه وأجنبيةً بكلمةٍ واحدة ، فقولان مرتبان وأولى بالتعدد ؛ لانقسامِ حكمهما في اللعان . ولو قال لزوجته : يا زانيةُ بنتَ الزانيةِ ، فقد قذفها وأُمَّها بكلمتين ، فعليه حدّان . وهل يُقدّم حدُّ المقذوف أوَّلًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما لو قَتَل شخصين .

والثاني : لا ؛ كما لو أتلفَ مالَ شخصين .

فإن قلنا : يُقدم ، ففي مسألتنا ، المقدَّمُ البنتُ ، فيُقدم الحدّ أو اللعان ؟. وقيل : إن الأمَّ هاهنا تُقَدّم ؛ لأن حقَّ البنت يعرَّض للسقوطِ باللعان دونَ الأُمّ [٤] . ثم مهما حَدَدْناه بواحدٍ [٥] ،

---

(١) العسيف : الأجير . يقال : بات يعسف الليل عسفًا : إذا خبطه يطلب شيئًا . ومنه سمي « العسيف » ؛ لأنه يعسف الطرقات مترددًا في الأشغال . والجمع « عُسَفَاء » . انظر اللسان (٤ / ٢٩٤٣) . المصباح المنير (٢ / ٦٢٦) . وانظر قصة هذا « العسيف » في التعليق بعد الآتي .

(٢) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي ، صحابي جليل . انظر : أسد الغابة (١ / ١٣٣) . الإصابة (١ / ٧٦) .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٣ / ١٩٧) كما في الفتح (٩٣) كتاب « الأحكام » (٣٩) باب « هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلًا وحده للنظر في الأمور ؟ » حديث (٧١٩٣) بإسناده عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : جاء أعرابي ، فقال : يا رسول الله ، اقْضِ بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه فقال : صدق ، فَاقْضِ بكتاب الله ، فقال الأعرابي : إن ابني كان عَسِيفًا على هذا ، فزنى بامرأته ، فقالوا لي : على ابنك الرجم ، ففديتُ ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ، ثم سألتُ أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ . فقال النبي ﷺ : « لأقضينَّ بينكم بكتاب الله ، أما الوليدة والغنم فَرَدٌّ عليك ، وعلى ابنك جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ ، وأما أنت يا أُنَيْس – لرجل – فَاغْدُ على امرأة هذا فارْجُمْها ، فغَدَا عليها أنيسٌ فرجمها » . ورواه مسلم (٣ / ١٣٢٤) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) . ورواه أبو داود (٤ / ٥٩٣) حديث (٤٤٤٥) ، والترمذي (٤ / ٣٠) حديث (١٤٣٣) والنسائي (٨ / ٢٤٠) وابن ماجه (٢ / ٨٥٢) حديث (٢٥٤٩) جميعًا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عبيد بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني به .

(٤) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ٣٤٧) .

(٥) في (أ) : « بواحدة » .

أمهلناه حتى يَبْرأ جلدُه ، ولا نُوَالي بين الحدود . ولو قذف أربعَ نسوةٍ بكلمةٍ واحدة – وقلنا : يتحدُ الحدُّ [1] – ففي تعددِ اللعانِ وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اتِّحاد الصيغة والملاعن . وفي الثاني إلى تعدد النسوة ، مع أن هذه حجة تبعد عن التداخل .

فإن قلنا : يتحد اللعان ، فذلك ينفع إذا توافقْنَ في الطلب ، أو قلنا : لا يُشْترط طلبُهنَّ اللعانَ . فإن طلبتْ واحدةٌ – وقلنا : يُشترط طلبها – فلابدّ من اللعان عنه ، ثم يستأنف لعانًا للباقيات . وحيث قلنا : يتعدّد ، فلو رَضِينَ بلعانٍ واحدٍ ، فلا أثرَ لرضَاهنَّ . وكذلك لو رَضِيَ جماعةٌ من المدَّعِين بيمينٍ واحدة ، لم يؤثرْ ذلك في تغييرِ وصفِ [2] الحجج .

أما إذا قذفَ امرأةً واحدةً مرتين بزنيتينِ ، ففي تعدد الحد واللعانِ أيضًا خلافٌ ؛ لاتحاد المقذوف وتعدد الصيغة .

الثالث : إذا ادَّعتْ عليه القذفَ ، فأنكرَ ، فأقامت البينةَ ، فأرادَ اللعانَ : فإن كان قد أنكر بالسكوت – أو قال : أردت بالإنكار أنه لم يكن قذفًا ، بل كان حقًّا – فله اللعان ، وإن لم يُؤَوِّلْ إنكارَه ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أنكرَ القذفَ ، ولا لعانَ إلا بقذفٍ ، فلْيُنْشِيءْ قذفًا إنْ أراد ، ويستفيدُ به دَرْءَ حدِّ القذفِ الذي ثبت بالبينة أيضًا .

والثاني : أنه يلاعن [3] ، وإنكارُه يُحمل على المعتاد في الخصومات ، كما لو ادُّعي عليه مِلْك ، فقال : اشتريته من زيد وكان يملكه فانتزع من يده بالبينة ، فرجع [4] على زيدٍ / بالثمن . ٢١٣/أ ولا يُؤخذ بإقرارِه له بالمِلْك .

أما إذا قال : « ما قذفتُكِ ، وما زنيتِ » فلا يُلاعن ، إلا إذا أنشأ قذفًا بالزنا يحتمل أن يكون قد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وضع » .

(٣) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٨ / ٣٤٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويرجع ... » .

طرأَ بعد شهادته لها بالبراءة ، فإن لم يحتمل فلا يُلاعن ، وأطلق القاضي القولَ بجواز اللعان .

الرابع : إذا امتنعَ الزوجُ عن اللعانِ - أو الزوجةُ - فعرَّضْناهما للحد ، فرجعا إلى اللعان ، مَكَّنَّاهُما من ذلك ، وليس هذا كاليمين لا يجوز الرجوعُ إليها بعدَ النكول ، بل يلحق اللعان بالبينة في هذا المعنى . ولو قال - بعد أن حُدَّ - أُلَاعِنُ . قال الأصحاب : لم يمكَّنْ ؛ لأنه لا فائدةَ . قال القفَّال : إن كان ثَمَّ ولدٌ ، يُمكَّنْ [١]منه ، وإلّا فلا [٢] .

الخامس : إذا قال : «زنيتِ وأنتِ مجنونةٌ ، أو أَمَةٌ ، أو مشركةٌ» - وعُهِدَ لها تلك الحال [٣] - فلا يجبُ إلا التعزيرُ ، وكان كما لو أضاف إلى الصِّغَر . وإن لم يُعْهد ، ولم يُقِم الزوجُ عليه بينةً ، سقطت الإضافة ، وعليه الحدّ . وفيه وجه : أنه لا حَدَّ ؛ لأنه إذا انتفى تلك الحالُ ، انتفى المضاف إليه .

ولو قال : زنيتِ مستكرهةً ، ففي وجوبِ التعزير خلافٌ ؛ لأن ذلك يُعَيِّرها وإن لم ينسبْها إلى معصيةٍ . ثم الصحيح أنه يُلاعن لدفعِ التعزير كما يُلاعن لدفْعِ الحدِّ .

* * *

(١) في (أ) : « مُكِّن منه » .

(٢) وهو المذهب كما في الروضة (٨ / ٣٤٩) .

(٣) يعني ثبتت عليها هذه الفاحشة في وقت أن كانت مجنونة أو أمة أو مشركة .

الرُّكْنُ الرّابِعُ

في صِيغَةِ اللّعَان

والنظر في أصله ، وتغليظاته ، وسننه .

النظر الأول : في أصل كلماته . وهو أن يقول الزوجُ أربعَ مراتٍ : أشهدُ بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا ، وإن الولدَ من الزنا ، وليس مِنِّي - إن كان ثَمَّ ولدٌ - ويقول في الخامسة : لعنةُ اللهِ عليَّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتُها به . وتقابلُه المرأةُ ، فتشهدُ أربعَ مراتٍ بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غَضَبُ اللهِ عليَّ إن كان من الصادقين فيما رماني به . ويجب على الزوج إعادةُ نَفْيِ الولد في كل شهادة ، فإن تركها مرةً لم تُحْسَبْ .

ولا يجب على المرأة إعادةُ أمر الولد ؛ إذ لا يتعلَّق إثباتُه بلعانها . ولا تقوم عندنا معظمُ الكلمات مقامَ الكلِّ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

والصحيح : أنه يتعينَّ لفظُ « الشهادةِ » ؛ فلا يجوزُ إبدالُها بالحلف . وأنه يتعينّ لفظ « اللعن » و « الغضبِ » من الجانبينْ [2] . ويجبُ رعايةُ الترتيبِ بتأخيرِ اللعن والغضبِ . وتجبُ الموالاةُ بين

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا اقتصر الملاعنُ على ثلاث مرات ، فلا يتمُّ لعانُه ؛ لأنه لا تقوم معظمُ الكلماتِ مقامَ الكلّ . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥ / ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١٠) . روضة الطالبين (٨ / ٣٥١) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٧ / ٤٣٨) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا التعن الرجل ثلاث مرات ، والتعنت المرأة ثلاث مرات ، ثم فرق القاضي بينهما ، فقد أخطأ السنة والفرقةُ جائزةٌ ، وقال زفر : لا تقع الفرقة حتى يكمل الخمس ؛ لأنه حَكَم بخلاف النص ، فإن اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات ، والحكمُ بخلاف النص باطلٌ كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر في حد الزنا .

واتفقوا - أعني الحنفية - أنه إن فرّق بينهما بأقل من ثلاث ، فالفرقة باطلة ؛ أما من أتى بالثلاث ، فقد أتى بالأكثر فيتعلق به الحكم . انظر المبسوط (٧ / ٤٧) . الدر المختار (٣ / ٤٨٩) .

(٢) يعني أن الرجل يقول في الخامسة : « لعنة اللّه عليّ إن كنتُ من الكاذبين » وتقول الزوجة في الخامسة : « غضبُ اللّه عليّ إن كان من الصادقين » .

الكلمات . وكلُّ ذلك مَيْلٌ إلى التعبُّد لخروجِ الأمرِ عن القياس . وفيه وجهٌ : أنه يجوزُ إبدالُ الشهادةِ بالقسَمِ ، وإبدالُ اللعن بالغضَبِ ، وكذا عكسُه ، وأن الترتيبَ والموالاةَ لا تُشترط ، وكلُّ ذلك تَشَوُّفٌ إلى اتباعِ المعنى .

فروع ثلاثة

الأول : يصحُّ عند الشافعيِّ (رضي الله عنه) لعانُ الأخرسِ وقذفُه ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(١)] . مع أن الأصحَّ أنه لا تُقبل شهادتُه ، ولكن يُغلَّب مشابهُ اليمينِ في اللعان . ولكن لا يُمْكِن فَهْمُ اللعن والغضبِ منه ، وهو تعبُّدٌ لفظيٌّ ؛ فالطريقُ أن يكلَّفَ الكتْبَةَ مع الإشارة إنْ قدرَ ، أو يقول له ناطقٌ : لعنةُ الله عليكَ إن كانَ كذا ، فيقول : نعم .

أما إذا اعْتُقِل لسانُه [(٢)] بعدَ القذف – وقال أهل الصناعة : إنه سينطلق [لسانه] [(٣)] على قُرْبٍ – أمهلْناه ، كذلك قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) . ومن الأصحاب مَنْ قال : لا مزيدَ في مُهلتِه على ثلاثة أيام ؛ إذ تأخيرُ حدِّ القذف إضرارٌ بالمقذوف [(٤)] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه يصح لعان الأخرس وقذفُه متى فهمت إشارته أو كتابتُه ، ويدل عى ذلك أن اللعان حكمه حكم الطلاق ، والأخرس من أهل الطلاق ، أي يصح طلاقه ؛ فوجب أن يصح لعانه . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الأم (٥ / ٢٨٦) . مختصر المزني ص (٢١١) . بداية المجتهد (٢ / ١٤٢) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٧ / ٣٦٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعان الأخرس ، ولا قذفه ؛ وذلك لأن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان ، والأخرس ليس من أهل الشهادة ، فلا يصح لعانه . وأيضا لابُدّ من التصريح بلفظ « الزنا » ليكون قذفًا موجبًا للحد أو اللعان . ولا يتأتى هذا من الأخرس . انظر : المبسوط (٧ / ٤٢) . رءوس المسائل ص (٤٣٣) . الهداية (٢ / ٣٠٥) . فتح القدير (٤ / ٢٩٣) . الدر المختار (٣ / ٤٩٠) .

(٢) اعتقل لسانُه : أي مُنع وحُبِس عن الكلام ، وهو يصح بالبناء للفاعل ، وبالبناء للمفعول . انظر المصباح المنير (٢/٦٤٨) مادة (ع ق ل) . المطلع على أبواب المقنع ص (٢٩٤) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « الوجه أن يقال : إن كان يُرْجى زواله إلى ثلاثة أيام ، ينتظر ، وإلا فلا ينتظر أصلًا » . روضة الطالبين (٨ / ٣٥٣) .

ومهما لَاعَنَ بالإشارةِ ، ثم انطلقَ لسانُه فقال : « لم أُرِدْ قذفًا ولا لعانًا » لم يُقبل .

الثاني : الأعجميُّ العاجزُ عن العربية ، يُلَقَّنُ معنى « اللعن » و « الغضبِ » بلسانه ، كما في كلمة « التكبير » و « النكاح » .

ثم القاضي يَنْصِبُ تَرْجُمَانًا [(١)] ، ولابُدَّ من العدد ؛ لأنه في حكم شهادة . وهل يُكتفى باثنين ، أم لابُدّ من أربعٍ لِمَا فيه من إثبات زناها ؟ فيه خلافٌ [(٢)] .

الثالث : لو مات الزوج في أثناءِ كلمات اللعان لم ينقطع النكاحُ ولحقَ النسبُ ، ولم تَقُمِ الورثةُ مقامَه في اللعان أصلًا .

وإن ماتت المرأةُ في خلال لعانِه ، استكمل الزوجُ إن كان ثَمَّ ولدٌ ، فإن لم يكن ، فلا حاجةَ إلى لعانه إن قلنا : إن [(٣)] الزوج يَرِثُ حدّ القذف ، ويتضمن سقوطُ بعضه سقوطَ الكل .

* * *

---

(١) يجوز فيها فَتْحُ التاءِ وضمُّها ، والأول أفصح ، والترجمان : مَنْ ينقل معنًى من لغة إلى لغة أخرى . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ٤١) . المصباح المنير (١ / ١١٧) مادة (ت ر ج م) .

(٢) قال في الروضة (٨ / ٣٥٣) : « إذا لاعن بغير العربية ، فإن كان القاضي يُحْسِن تلك اللغةَ ، فلا حاجة إلى مترجم ، ويُستحب أن يحضر أربعة ممن يُحْسِنها . وإن لم يحسنها فلابد من مترجمَيْنِ ويكفيان في جانب المرأة ؛ فإنها تلاعن لِنَفْيِ الزنا لا لإثباته . وفي جانب الرجل طريقان : أصحهما ، القطع بالاكتفاء باثنين » .

(٣) كلمة : « إن » ليست في (أ) .

النَّظَرُ الثَّانِي

في التَّغْلِيظَات

وهي بالزمان ، والمكان ، والجمْع .

أما الزمان (١) : فبِأَنْ يؤخَّر إلى بعد العصر ، فإنه وقتٌ شريف . وإن لم يكنْ طلبٌ حثيثٌ ، فإلى العصر من يوم الجمعة .

أما المكان : فبأنْ يلاعنَ في أشرفِ المواضع . فإن لَاعَنَ وهو بمكة ، فبينْ الركنِ والمقامِ . وبالمدينة ، فبين المنبرِ والقبرِ . (٢ وبالقدس عند الصخرة ٢) . وفي سائرِ البلاد في مقصورة الجامع . ويلاعن الذّمّيّ في أفضلِ موضعِ عندهم ، من بِيْعةٍ وكنيسة ، سوى بيوت الأصنامِ ، فلا يأتيها أصلًا . وفي بيوت النيرانِ للمجوس / خلافٌ . والظاهرُ أن الزنديقَ يُغَلَّظ عليه بهذه الجهات لِينالَه شُؤْمُه ، وإن لم يعتقدْه . والحائضُ تُلَاعِنُ على باب المسجد (٣) . واعترض المزني (رحمه الله) وقال : جُوِّزَ للمشركةِ اللعانُ في المسجدِ ، وربما تكونُ حائضًا (٤) . ٢١٣/ب

واختلفوا في المشركِ الجنُبِ . فمنهم من قال : لا يؤاخذون بتفصيل شرعنا في الأحكام وإن كانوا يؤاخذون عند الله تعالى .

أما الجَمْعُ : فلابُدَّ من حضور جماعةٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (٥) ولا ينبغي أن ينقصوا عن عدد شهادة الزنا (٦) .

---

(١) في (أ) : « أما بالزمان » .

(٢) في (أ) ، (ب) « وفي القدس عند الصخرة » .

(٣) وهو نصّ الشافعي (رضي الله عنه) كما في الأم (٥ / ٢٨٨) .

(٤) اعترض المزني (رحمه الله) على عدم دخول الحائضِ المسجدَ للملاعنة فقال : « وإذا جعل للمشركة أن تحضره – أي اللعان – في المسجد ، وعسى بها – مع شِرْكها – أن تكون حائضًا ، كانت المسلمةُ أولى بذلك » . انظر مختصر المزني ص (٢٠٩) .

(٥) من الآية (٢) سورة (النور) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شهود الزنا » .

والتغليظُ بالمكانِ مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ فيه قولان . وفي التغليظ بالزمانِ والجمْعِ طريقان : منهم من قطع بالاستحباب . ومنهم من قال : قولان .

أما جريان ذلك في مجلس الحكم فشرطٌ قطعًا ، فلو تَلَاعَنَا في البيتِ ، لم يصحَّ إلا عند المحكِّم على قولِ جوازِ التحكيمِ في العقوبات .

* * *

النَّظَرُ الثّالِثُ
في السُّنَنِ

وهي ثلاثة :

الأول : أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجتِه على المنبر ، فقيل : كان العجلاني على المنبر ، ولعلَّه الأليقُ ؛ للشهرة [١] .

وقيل : كان الرسول ﷺ على المنبر [٢] . فعلى هذا : [٣] يُسَنُّ للقاضي صعودُ المنبرِ [٣] .

الثاني : أن يُهدِّدَ كُلَّ واحدٍ من الزوجين ، ويخوفَهما بالله ، فلعلَّهما يتصادقان [٤] ، فيقول للرجل ما [٥] قال رسولُ الله ﷺ : « أيّما رجل جحد ولدَه وهو ينظر إليه ، احتجب اللّهُ عنه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » ويَرْوي للمرأة قولَه (عليه السلام) : « أيّما امرأةٍ ، أَدْخَلَتْ على قومٍ مَنْ ليس منهم ، فليستْ من الله في شيء ، ولن يُدْخلها اللّهُ جنتَه » [٦] وحديثَ

---

(١) يعني أن صعود الملاعن على المنبر أليق ، وذلك لِيُشْتَهر أمرُه .

(٢) من قوله : « وقيل : كان العجلاني ... إلى قوله : على المنبر » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « ليس للقاضي صعود المنبر » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ينصرفان » .

(٥) « ما » هنا اسمُ موصولٍ بمعنى « الذي » وهي مبنية في محل نصب مقول القول . والمعنى : أنه يقول للرجل ما قاله رسولُ الله ، يعني قوله : « أيما رجل ... » . الحديث .

(٦) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٦٩٥) (٧) كتاب « الطلاق » (٢٩) باب « التغليظ في الانتفاء » حديث (٢٢٦٣) ولفظه « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته . وأيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » . ورواه النسائي (٦ / ١٧٩) والحاكم في المستدرك (٢ / ٢٠٣) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧ / ٤٠٣) من طرق عن يزيد بن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني في السلسلة الضعيفة برقم (١٤٢٧) .

المعراجِ « أنه ﷺ مرَّ بنسوة معلَّقاتٍ بثديهن ، فقال لجبريل (عليه السلام) : من هؤلاء ؟[1] فقال جَبريل (عليه السلام) : « هُنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن مَنْ ليس منهم ، يأكل حَرَائبَهم[2] ، ويَنْظر إلى عوراتهم » .

الثالث : أن يأتي الرجلَ عند الخامسة رجلٌ من ورائه ، فيضع يَدَه على فِيه ، ويقول صاحبُ المجلسِ للملاعِن : اتَّقِ اللّهَ ؛ فإنها مُوجِبةٌ . والمرأةُ تأتيها امرأةٌ مِنْ ورائها [ويقال لها كذلك ، والله أعلم][3] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ما هؤلاء ... » .

(٢) أي : أموالهم . والمقصود أنه إذا ألحقت المرأةُ بأهل زوجها مَنْ ليس منهم فإنه يأكل من أموالهم ، ويرثهم إذا ماتوا قبله ، ثم هو ينظر إلى عوراتهم مع أنه أجنبي عنهم . انظر النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣٥٩) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في جوامعِ أحكام اللعان ، وحكم الولد خاصةً

أما أحكام اللعان فخمسةٌ : وقوعُ التفرقةِ[1] ، وتأَبُّدُ الحرمةِ ، [2] وسقوطُ حدِّ القذفِ [2] ، وانتفاءُ النّسبِ ، ووجوبُ حدِّ الزنا عليها . وجملةُ ذلك تتعلّق بلعانِ الزوجِ ، ولا يتعلّق بلعانها إلا سقوطُ الحدّ عنها . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « الفرقة تتعلق بلعانهما[3] وقضاء القاضي » . وقال مالكٌ (رحمه الله) : « تتعلق بلعانهما »[4] .

ولا يجب الحدُّ عليها بلعانه عند أبي حنيفة (رحمه الله)[5] . ولا تتأبّد الحرمةُ عنده ، بل يحلُّ له نكاحُها مهما كذَّب نفسَه ، أو خرج عن أهلية الشهادة - بأن يخرس ، أو يُحدّ في

---

(١) في (ب) : « الفرقة » . (٢) في (ب) : « وسقوط القذف » .

(٣) في الأصل : « بلعانها » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) **مذهب الشافعية :** أنه إذا أكمل الزوج اللعان ، فقد وقعت الفرقة بينهما ، ولا حاجة إلى لعانها في ذلك ولا إلى تفريق القاضي . انظر : الأم (٥ / ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١١) . الروضة (٨ / ٣٥٦) .

ومذهب المالكية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما معًا ، ولا حاجة إلى تفريق القاضي . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وفي رواية عن الإمام أحمد أن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم بعد لعانهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩) . القوانين الفقهية ص (٢٥٩) . المجتهد (٢ / ١٤٥) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٧ / ٤١٠ ، ٤٢٧) .

ومذهب الحنفية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما وتفريق القاضي . وقال زفر : تقع بلعانهما فقط .

وينبني على هذا الخلاف أنه إذا أراد قَذْفها ، ثم لاعن ، فمات قبل أن تلاعن المرأة ، فعلى قول الشافعي : تبين منه ، ويسقط التوارث بينهما ، وينتفي الولدُ عنه ، ويلزمها الحدُّ إلا أن تلاعن . وعند المالكية والحنابلة : لاتقع هذه الأحكام حتى يَتِمّ لعانُ المرأة ، وعند أبي حنيفة حتى يُفَرّق القاضي . انظر : مختصر الطحاوي (٢١٥) . المبسوط (٧ / ٤٣) . الهداية (٢ / ٣٠٤) . الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٦٩) . فتح القدير (٤ / ٢٨٦) .

(٥) **مذهب الشافعية :** أنه إذا لاعن الزوج ولم تلاعن المرأة ، أقيم عليها الحد إن كانت بكرًا - وذلك إن لم تكن مدخولًا بها - ورجمت إن كانت ثيبًا . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : المنهاج ص (١١٤) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩)

ومذهب الحنابلة : أن الزوج إذا قذفها - فلم يلاعن - أُقيم عليه حدُّ القذف . أما المرأة - إذا لم تلاعن - فإنها تحبس حتى تلاعن ، ولا حدّ عليها .

=

القذف [1] .نعم، اختلف أصحابنا في أن هذه الحرمة، هل تشتمل [2] ملك اليمين؟ وهل تتعلق باللعان في النكاح الفاسد [3] ، وبعد البينونة .

أما حكمُ الولدِ وانتفائه ولحوقه : ففيه ثلاثةُ فصولٍ :

= **ومذهب الحنفية** : أنه إذا قذفها الرجل ولم يلاعن ، حُبس حتى يلاعن ولا يقام عليه حد القذف ، وكذلك المرأة إذا لم تلاعن ، تحبس حتى تلجأ إلى اللعان ولا يقام عليها الحدّ . انظر : المبسوط (٧ / ٣٩) . فتح القدير (٤ / ٢٨١ وما بعدها) . الدر المختار (٣ / ٤٨٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٤١٦ ، ٤٤٥) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن التحريم الحاصل باللعان تحريم مؤبّد ، فلا يجتمعان أبدًا وإن أكذب نفسه . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وعن الإمام أحمد رواية : أنه إذا كذّب نفسه حلَّت له . انظر : الأم (٥/ ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١١) . المنهاج ص (١١٤) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٧ / ٤١٣) .

ومذهب المالكية : أن التحريم الحاصل بلعانهما تحريم مؤبد أيضًا إلا أنه إذا أكذب نفسه قبل أن تلعن المرأة ، جُلِدَ الحدَّ ، ولحق به الولدُ ، وبقيت زوجتُه بحالها . أما إذا كذّب نفسَه بعد التعانها ، فيجلد الحدّ ويلحق به الولد ، ولا سبيل له إليها ، ولا ميراث بينهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩ وما بعدها) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تتأبد الحرمةُ بينهما بتفريقِ القاضي ، بل يَحِلُّ نكاحُها إذا كذّب نفسَه . وقال أبو يوسف : لا يرجع إليها وإن كذب نفسه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . الهداية (٢ / ٣٠٤) . فتح القدير (٤/ ٢٨٨) . الدر المختار (٣ / ٤٩٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تشمل .. » .

(٣) والأصح أنه تتأبد الحرمة بهذا اللعان وإن كان في نكاح فاسد انظر الروضة (٣٣٦/٨) .

الفَصْلُ الأوّل
فِيمَنْ يَلْحَقُه النَّسَبُ

وهو كل مَنْ يمكن أن يُولَدَ له . والنظرُ في الصَّبيِّ ، والمجبوبِ ، والخصيِّ .

أما الصبيُّ : فإمكانُ العلوقِ منه بعد كمال السنة العاشرة ، فيلحقه ولدٌ أتتْ به زوجتُه لستةِ أشهرٍ بعد السنة العاشرة . وقيل : يُمْكِن العلوقُ في أثناء العاشرة ، ويَلحقه الولد بعد العاشرة .

ومهما أتتْ به قبل الإمكان لم يَفْتقر إلى اللعان ؛ إذ لا يلحقه [١] . ومهما لحقَه فقال : أُلَاعِنُ وأنا بالغٌ ، يُمَكَّن منه . فلو قال : أنا صبيٌّ وأُلاعن ، لم يمكَّنْ . ولو قال : كذبتُ – وأنا بالغٌ – فألاعن ، قُبِلَ منه ؛ لأن الصَّبيَّ لا يُعرف [بلوغه] [٢] إلا بقولِه .

أما المجبوب الذكر ، الباقي الأنثيين ، فالولدُ يَلْحقه ؛ لبقاءِ أوعيةِ المنيِّ ، فَيُحمل انزلاق المنيِّ ، ويُحتمل استدخالُ مائه .

أما المنزوعُ الأنثيين ، الباقي ذكرُه ، فقطع المحققونَ بلحوقِ الولدِ ؛ لبقاءِ الآلة . وقال الفُوراني : يُرْجع فيه إلى الأطباء .

وأما الممسوح ذكرُه وأُنثياه . ففيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يلحقه الولدُ ؛ إذ التجربةُ تدلّ على استحالة الإعلاق [٣] منه .

وحيث قضينا بأنه لا إمكانَ [٤] ، فلا حاجة إلى اللعان .

* * *

---

(١) وذلك مثلًا إذا عقد عليها – بالوكالة – وهو غائب عنها ، أو عقد عليها ولم يَخْلُ بها قَطّ ، أو لم يَمْسَسْها أصلًا ، أو دخل بها وأتتْ به لأقل من ستة أشهر .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الانعلاق » .

(٤) يعني لا إمكان للعلوق .

الفَصْلُ الثّاني
في أَحْوَالِ الولَدِ

وله ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن يكون حملًا . وهل يجوز نفيُه باللعان قبل الانفصال ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ؛ لأن الحمل / لا يُتيَقَّن ، فلعلَّه ريحٌ ينفَشُّ (١) . ٢١٤/أ

والثاني : نعم ؛ لأنه يُظَنُّ ظنًّا غالبًا ، وفي التأخير خطرُ موتِ الزوجِ ولحوق النسبِ . وهذا بعد البينونة ، أما في صُلْب النكاح فالصحيحُ أنه يلاعن ؛ لأن العجلاني لَاعَنَ عن الحمل ؛ ولأن اللعانَ - دون الولدِ لمجردِ قطع النكاح - جائزٌ . وقيل بطرد القولين ، ولا وجه له . وقد بنى الأصحابُ القولين على أن الحمل ، هل يُعْرف يقينًا ؟ وهو ضعيفٌ ، بل الصحيح أنه لا يُعرف يقينًا (٢) ، ولكن الأحكام منها ما يَثْبت بالنظر (٣) ، ومنها ما لا يَثْبت ، ومنها ما يُتَرَدَّد فيه ، فلأجْلِ ذلك اختلف قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) في بعض المسائلِ ، لا لترددِه في أن الحمل لا يُتيقن .

الحالة الثانية : أن يكونا تَوْأَمينِ من بطنٍ واحدٍ ، فلا يتبعَّضُ نَفْيُهما . فإن اقتصر على نَفْي أحدِهما لم ينتفِ (٤ مع لحوق الثاني ٤) . ولو نفاهما ، واستلحق أحدَهما لحقَه الثاني . ولو نفى الحملَ ، فأتتْ بتوأمين انْتَفَيَا . ولو أتتْ بواحدٍ في النكاح فَلَاعَن ، فأتتْ بثانٍ - لأكثر من ستةِ أشهرٍ - لحقَه الثاني دونَ الأول ؛ لأنه من بطنٍ أخرى ، ويحتمل العلوق بعد انفصال الأول وقبل اللعان . ولو نفى الحمل فأتتْ بولدٍ ، ثم أتتْ بآخرَ لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ انتفى من غير لعان ؛ لأنه لا يحتمل العلوق به في صُلب النكاح .

---

(١) أي يذهب . انظر مختار الصحاح ص (٥٠٤) مادة (ف ش ش) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٣٥٧) والمنهاج ص (١١٤) . ولكن هذا في زمنه (رحمه الله تعالى) أما الآن فالحمل يُعْرف يقينًا بواسطة الأجهزة المصوِّرة ، وهذا معروف .

(٣) في (ب) : « منها ما يثبت بالظنّ » .

(٤) في (ب) : « للحوق الثاني » .

فرعان

أحدهما : أنه مهما أراد أن يَنْفي أولادًا عدة ، يكفيه لعانٌ واحدٌ ولا يحتاج كلُّ واحدٍ إلى لعان .

الثاني : أن التوأمين المنفيين باللعان [١] أَخَوانِ من الأمّ . وهل يتوارثان بأُخوةِ الأبِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان أَبْطل الأُبوةَ [٢] .

والثاني : نعم ؛ لأن اللعانَ أثرُه قاصرٌ عن الملاعن .

الحالة الثالثة : أن يموتَ الولدُ ، فله أن يلاعن ؛ لأنّ الموت لا يقطع النسبَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ليس له ذلك ، إلا إذا كان للولد ولدٌ حيٌّ .

ثم عندنا ، مهما استلحقه بعد اللعان لحقه . فلو نفاه ، فلمَّا مات استلحقه لِيَحُوزَ ميراثَه : لحقه ، وورِثَ مع التهمة ؛ لأن الأصل هو النسبُ ، ويلحق بمجرد قولِه ، والميراثُ تابعٌ . وكذلك لو نفاه بعد الموت . فلما قُسِّمَ ميراثُه عادَ واستلحقه ، فالظاهرُ أنه يَلْحقه ، ويَسْتردُّ نصيبَه من الميراث ؛ نظرًا إلى ثبوت النسب . وفيه وجهٌ : أنه إذا سقط الميراثُ لم يرجع إليه .

* * *

---

(١) قوله : « باللعان » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) قال في الوجيز (٢ / ٩٢) : « ولا تثبت أخوةُ الأب على الصحيح » .

الفَصْلُ الثّالثُ

فيما يُسْقط حَقَّ النّفْي

والصحيحُ أنه على الفور [١] ؛ لأنه في حكم ضرار يُدْفع بعد معرفته ، فلا وَجْهَ للتأخير . وفيه قولٌ آخر - لا بأس به - أنه يُمْهل ريثما يتروَّى ؛ فإن الأمرَ فيه خطرٌ ، ولعله يتقدَّر بثلاثة أيام . وحُكي قولٌ ثالث : أنه لا يَسْقط إلا بالاستلحاق [٢] . وهذا بعيدٌ .

والتفريعُ على أنَّه على الفور . فعلى هذا لا يُعذر إلا إذا لم تحصل له حقيقةُ المعرفة . فلو صبر حتى ينفصل الحملُ : جاز ؛ لأنه لا يُتيقَّن ، فربما يكون ريحًا فينفَشّ . فلو قال : عرفتُ الحملَ ، ولكن قلتُ : ربما تجهض فهل يَبْطل حقُّه ؟ فيه وجهان [٣] .

ولو أخبره فاجرٌ بالولادة فقال : « لم أُصدقه » جاز . وإن أخبره عدلان فلا [٤] . وإن أخبره عدلٌ واحد ، فوجهان ؛ لقبول روايتِه وردِّ شهادته [٥] . ولو قال : كنتُ لا أدري أنَّ لي حقَّ النَّفْي ، فيعذر إن لم يكن من جملة الفقهاء .

فرع : لو هنَّاه مُهَنٍّ بالولد . وقال : مَتَّعك الله به ، فقال : آمين ، فهو إقرارٌ بالنسب ؛ فلا لعانَ بعده . ولو قال : جزاكَ اللّهُ خيرًا ، أو أسْمعكَ اللّهُ ما يُسُرك ، لم يكنْ إقرارًا .

* * *

---

(١) يعني أن حقَّ نَفْي الولد على الفور من علم الرجل ، فإذا علم أنَّ امرأته ولدت ، وهو يعتقد أن هذا الولد ليس منه ، فعليه أن يُبادر - فَوْرَ معرفته - بالنَّفْي .

(٢) يعني بهذا الوجه أنه لا يسقط حقُّه في نَفْيه إلا عندما يُقِرُّ بنسبه ، وهذا بعيد كما قال الإمام الغزالي ؛ إذ ربما لا يُقِرّ بنسبه إلا بعد وقت طويل .

(٣) قال في الروضة (٨ / ٣٦٠) : « يبطل حقّه على الأصح المنصوص في « المختصر » ؛ لتفريطه مع علمه » .

(٤) يعني فلا يُصَدَّق ، ويلحقه الولدُ .

(٥) والأصح أنه لا يصدق في هذا أيضًا كما في الروضة (٨ / ٣٦١) .

كتاب العِدَد(1)

وفيه ثلاثة أقسام (2)

عدة الطلاق ، وعدة الوفاة ، وعدة الاستبراء في ملك اليمين .

أما عدة الطلاق ففيها بابان :

---

(1) العدد : جمع عدة ، مأخوذ من « العَدَد » لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبًا . وهي في الشرع : اسم لمدة تتربص (تنتظر) فيها المرأة الحرة ؛ لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبُّد ، أو لِتَفَجُّعِها على زوجها . والحكمةُ من تشريعها صيانةُ الأنساب ، وتحصينُها من الاختلاط ؛ رعايةً لحق الزوجين ، والولدِ ، والناكحِ الثاني . والمغلّبُ فيها التعبّدُ ؛ بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به . انظر مغني المحتاج (٣/٣٨٤) . الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٧/٦٢٧) .

(2) في (أ) : « وهي ثلاثة أقسام » .

الباب الأول

في عدة الحرائر والإماء ، وأصناف المعتدات ، وأنواع عدتهن

وهي ثلاثة أنواع : الأَقْراء ، والأَشْهُر ، والحمل .

فالحرة تَعْتَدُّ بثلاثة أقراء إذا طُلقتْ بعد المسيس (١) . ومقصودُ هذه العدة براءةُ الرحم ، ولكن يكتفي بسبب الشغل (٢) ولا يُشترط عينه ؛ لأن ذلك خَفيٌّ لا يُطلع عليه ؛ ولذلك تجب العدةُ بوطء الصبيّ ، وبمجرد تغييبِه الحشفةَ ، وحيث علّق طلاقَها بيقين براءة الرحم .

ومن دأبِ الشرع - في مَظَانِّ التباس المعاني المقصودةِ - رَبْطُ الأحكامِ بالأسباب الظاهرة ، كما علق البلوغَ بالاحتلامِ (٣) والسِّنِّ ؛ لخفاء العقل . وعلّق الإسلامَ بكلمتي الشهادة مع الإكراه ؛ لخفاء العقيدة .

واعلم أن الحرة تعتد بثلاثة أقراء . والأمة تعتد / بقرأين ؛ لأن القرء الواحد لا ٢١٤/ب

---

(١) ولو طلقت قبل المسيس فلا عدة عليها أصلًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنو إذا نَكَحْتُمُ المؤمناتِ ثُمّ طلقتموهُنّ من قبْلِ أن تمسُّوهنّ فما لكُمْ عليهنّ مِنْ عِدَّةٍ تعتدُّونَهَا ... ﴾ الآية [الأحزاب : ٤٩] .

(٢) يعني اشتغال الرحم بالولد ، وسَبَبُه الوطءُ أو استدخالُ ماء الزوج .

(٣) في الأصل : « بالأحلام » والمثبت من (أ) ، (ب) .

قال الحموي : « قوله : في العدة : (ومقصود هذه العدة برادةُ الرحم ولكن يُكتفى بسبب الشغل ، ولا يشترط عينُه ؛ فإن ذلك خفيٌّ لا يمكن الاطلاعُ عليه ... إلى قوله : (ومِنْ دأْبِ الشرع في مظانِّ التباس المعاني المقصوده ربطُ الأحكام بالأسباب الظاهرة) .

قلت : الشارع إنما يبني الأحكامَ على المظانِّ في صورة يُتَصَوَّر وقوعُ ذلك كالسفر وما كان في معناه ، وهاهنا لا يُتَصَوَّر وقوعُ العلوق من الصغير كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إنما ذكر الشيخ ذلك اعتبارًا بغالب العدة ، وكان ماعداه في معناه بطريق التَبَعِ الغالب » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب) .

يَنتصف ، فَيُكمل [١] . ولو عَتَقت قبيل الطلاق [٢] فهي كالحرة . وإن عَتقت [٣] في القرأين ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تَسْتكمل ؛ إذ عَتقت [٤] قبل الفراغ .

والثاني : لا ؛ بل يُنظر إلى حالة الوجوب ؛ فيَكفيها قُرْءانِ .

والثالث : أنها إن كانت رجعيةً ، عَدلت إلى عدة الحرائر ، وإن كانت بائنة قنعت [٥] بقرأين [٦]

فرع : إذا وطىء أمةً - على ظَنٍّ أنها حَليلتُه الحرةُ - اعتدت بثلاثة أقراء ، على وجه [٧] ؛ لأن للظن أثرا [٨] في العدة . وعلى وجه : يكفيها قرءان ؛ نظرا إلى حقيقة الحال .

ولو وطىء حرة على ظَنٍّ أنها أمةٌ [٩] ، فلا خلافَ أنها تعتد بثلاثة أقراء ؛ [١٠ لأن الظنّ يؤثر فى الاحتياط ١٠] .

واعلم أن النسوة أصناف : المعتادة ، والمستحاضة ، والتي [١١] تباعدت حيضتها في أوان الحيض ، والصغيرة ، والآيسة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فكمل » .

(٢) في (ب) : « قبل الطلاق » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو عتقت » .

(٤) في (ب) : « إذ أُعتقت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فتعتدُّ » .

(٦) وهذا القول هو أظهر الأقوال الثلاثة كما في الروضة (٣٦٨/٨) والغاية (٨٤٩/٢) .

(٧) ورجح هذا الوجه في الروضة (٣٦٨/٨) .

(٨) في الأصل « أثر » وهو خطأ واضح ؛ إذ هي منصوبة لأنها اسم « أن » مؤخر .

(٩) يعني على ظِنٍّ أنها أمتُه .

(١٠) في الأصل : « لأن الظن لا يؤثر في الاحتياط » وهو خطأ واضح ؛ لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة . والمثبت من (أ) ، (ب) . وانظر الروضة (٣٦٨/٨) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « والمستحاضة التي تباعد حيضها » بدون « الواو » وهو خطأ ؛ إذ إنهما قسمان : المستحاضة ، والتي تباعد حيضها ، وهي التي انقطع عنها الدم . ولكل منهما حكم كما سيأتي بعدُ إن شاء الله تعالى .

الصنف الأول : المعتادة . وعدتُها ثلاثةُ أقراء على العادة . والأقراءُ هي الأطهار عند الشافعي (رضي الله عنه) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هي الحيض »[١] .

واختلف العلماء فيه ، واستشهد كلٌّ فريق بدلالة ، والذي صحّ عند المحققين أن الشواهد متعارضة ، وأن القرء في اللغة مشتركٌ بين الطهر والحيض كالجَوْن مشترك بين الضوء والظلمة[٢] . وقد قال الشاعر[٣] :

.... لما ضاع فيها من قروء نسائكا[٤]

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المقصود بالقرء : الطهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢١٠/٥) . مغني المحتاج (٣٨٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٣) . القوانين الفقهية ص (٢٤٠) . الشرح الصغير (٦٧٣/٢) . الخرشي على مختصر خليل (١٣٧/٤) .

ومذهب أبي حنيفة : أن المقصود به الحيض لا الطهر . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٧) . المبسوط (١٣/٦) .

(٢) الجون : يُطلق على الأبيض ، وعلى الأسود المُشْرَب حمرةً ، وعلى الأحمر ، ويُطلق أيضًا على النهار ، وقال بعض الفقهاء : إنه يطلق أيضًا على الضوء والظلمة بطريق الاستعارة . انظر : لسان العرب (٧٣٢/١) . المصباح المنير (١٨١/١) . القاموس المحيط ص (١٥٣٣) .

(٣) هو الأعشى ، وهذا البيت من قصيدة له يمدح بها رجلًا غزا غزوة ، غنم فيها وظفر ، فقال :

أفي كلِّ عام أنت جاشِمُ غزوةٍ   تَشُد لأقصاها عَزيمَ عزائكا ! !

مُوَرِّثَةٍ مالًا ، وفي الحيِّ رِفْعَةً   لِمَا ضَاعَ فيها مِنْ قروءِ نِسائكا

فمعنى « القرء » ها هنا الأطهار لا الحيض ؛ لأن النساء إنما يُؤْتَيْنَ في أطهارهن لا في حيضهن ، وإنما ضاع – بغيبته عنهن – أطهارُهن ؛ إذ آثر الغزو على البقاء مع النساء ، وشُغِلَ به عنهن . يقول :تعزيتَ عن كل متاع ، فهجرتَ نساءك في وقت طهرهن ، فلم تَقْربهن ، وآثرت عليهن الغزو ، فكانت غزواتك غِنًى في المال ، ورِفْعَةً في الذكر ، وبُعْدًا في الصيت .

وقوله : « مورِّثة » صفة لقوله : « غزوة » . انظر البيت في ديوان الأعشى . تفسير الطبري (٥١٢/٤) . لسان العرب (٣٥٦٥/٥) مادة (ق ر أ) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١ وما بعدها) .

(٤) البيت من بحر « الطويل » .

وإنما يضيع الطهر . وقد قال ﷺ : « دَعِي الصلاةَ أيامَ أَقْرائكِ » [1] وهي أيام الحيض. لوكن تعلّق الشافعيُّ (رضي الله عنه) بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [2] فقال : الأمْر يتناول الطلاقَ السُّنّيّ ، وهو الذي في الطهر ، فينبغي أن يستعقب الاحتساب بالعدة [3] . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) : إذا طُلّقت في الطهر ، لم تحتسب بقيةُ الطهر ، كما أنها لو طلقت في الحيض ، لم تحتسب عندنا مدةُ الحيض .ويشهد له أن مقصود العدةِ العزلةُ عن الزوج ، ولقد كانت في مدة الحيض معتزله في صلب النكاح ، فجدير أن يكون الطهرُ هو ركنَ العدة .

فنقول : لو قال : « أنت طالق قبيل آخر جزء [من] [4] الطهر » فالجزء الأخير يحسب قُرْءًا [5] . وللشافعي (رضي الله عنه) قول آخر : أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض ، فكأنه أراد أن يجمع ، لكون الاسم مُطْلَقًا عليهما جميعا ؛ ولأنه يقال : قَرَأَ

---

(١) إسناده ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٢٠٨/١) (١) كتاب « الطهارة » (١١٣) باب « من قال – يعني المستحاضة – : تغتسل من طهر إلى طهر » حديث (٢٩٧) . والترمذي في سننه (٢٢٠/١) أبواب الطهارة (٩٤) باب « ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة » حديث (١٢٦) . وابن ماجه (٢٠٤/١) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (١١٥) باب « ما جاء في المستحاضة .. » حديث (٦٢٥) . ثلاثتهم من طرق عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده مرفوعًا . والحديث ضعفه أبو دواد والترمذي .

وقد صَحَّ في المستحاضة – وأنها تَدَعُ الصلاة أيامَ أقرائها – أحاديثُ كثيرةٌ ، ومن ذلك حديث عائشة (رضي الله عنها) رواه البخاري فى صحيحه (٤٨٧/١) (٦) كتاب « الحيض » (٨) باب « المستحاضة » (٣٠٦) . بإسناده عن عائشة قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ : إني لا أطهرُ أفادع الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فاتركى الصلاة ، فإذا ذهب قدرُها ، فاغسلي عنك الدم وصلّي » . ورواه مسلم في صحيحه (٢٦٢/١) (٣) كتاب « الحيض » (١٤) باب « المستحاضة وغسلها وصلاتها » حديث (٣٣٣) . ورواه أبو داود (١٩٤/١) حديث (٢٨٢) . والترمذي (٢٢٩/١) حديث (١٢٩) . وابن ماجه (٢٠٣/١) حديث (٦٢١) . جميعا من طرق عن عروة عن عائشة (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٢) من الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٣) انظر مختصر المزني ص (٢١٧) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يحتسب قرءًا » .

النجمُ ؛ إذا طلع . و « قرأ » : إذا عزب [١] ، وهو مُشْعِرٌ بالانتقال . والجديدُ هو الأول . وتظهر فائدةُ القولين فيما لو قال : « أنت طالق فى آخر جزء من الطهر » حصل بالانتقال قُرْءٌ [٢] على هذا القول ، ولم يحصل على الجديد [٣] ، بل لا بُدَّ من ثلاثة أطهار بعد الطلاق . وهذا فى طُهر مُحْتَوَش بِدَمَيْنْ ، أما طهرُ الصغيرة هل هو قرء ؟ فيه خلاف ، من حيث إنه طهر ، ولكن لم يتقدَّمه حيضٌ ، فعلى هذا لو طلق الصغيرة فحاضت قبل الأشهر [٤] ، فعليها ثلاثةُ أطهار بعد الحيض . ولو قال للصغيرة : « أنت طالق ثلاثًا ، في كل قرءٍ طلقةٌ » وقعت فى الحال واحدة إن قلنا : إنه قرء ، وإلا فلا يقع حتى تطهر بعد الحيض . وكذلك يظهر أَثَرُ الخلاف فى دعواها انقضاءَ العدة ، ومدة الإمكان فيه .

ومما لا بُدَّ من التنَبُّهِ له ، أن الطهر الأخير إنما يتبين كمالُه بالشروع فى الحيض الذي بعده ، والظاهر أنه يكتفى بلحظة واحدة . ونقل البويطي (رحمه الله) عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا بُدَّ من يوم وليلة ؛ حتى يتبين أنه ليس بدم فساد . ومن الأصحاب من حمل ذلك على الاحتياط ، وقطع النظر باللحظة [٥] . ومنهم من قال : في المسألة قولان . ومنهم من قال : إن رأت على العادة ، فاللحظةُ تكفي . وإن رأت قبل ذلك ؛ فلابُدَّ من يوم وليلة.

ثم لا خلاف أنه ليس من العدة وإنما هو للتبيين .

الصنف الثاني : المستحاضات [٦] .

---

(١) يعني إذا أَفَلَ وغاب . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٨٦/٢/٣) .

(٢) في (ب) : « طهر » .

(٣) يعني : ولم يحصل على القول الجديد ؛ وذلك لأنه لم يَبْقَ جزءٌ من الطهر حتى يُحسب قَرْءًا ؛ إذ طلَّقها في آخر جزء منه .

(٤) يعني قبل الأشهر الثلاثة التي هي عدتها ؛ لقوله تعالى : ﴿ واللائي يئسنَ مِنَ المحيضِ مِنْ نسَائكم إنِ ارْتبتُمْ فعدتُهنّ ثلاثةُ أشهرٍ ، واللائي لم يَحِضْن ﴾ الآية [الطلاق : ٤] .

(٥) فى (أ) « وقطع باللحظة » . وفي (ب) سقط من قوله : « ومن الأصحاب ... » إلى قوله : « باللحظة » .

(٦) في (أ)،(ب) : « المستحاضة » . والاستحاضة هي : سيلان الدم في غير أوقاته المعتادة – غير الحيض والنفاس – بزيادة على العادة أو نقص ، أو على أكثر النفاس .

ولها ثلاثة أحوال :

الحالة الأولي : أن تكون مميزة ، أو حافظة [(١)] للعادة والوقت ؛ فَتُرَدّ إلى التمييز أو العادة ، ولا يخفى أمرُها . فإن كانت مبتدأة أو ناسية للعادة والوقت – فيكتفي منها بثلاثة أشهر ؛ إذ الشهر الواحد يدور فيه الحيضُ والطهرُ غالبًا . ثم إن طلقت في آخر [(٢)] الشهر يكفيها ثلاثةُ أشهر بالأهِلَّة . وإن كان فى وسط الشهر ، فكان الباقي أكثرَ من خمسة عشر يومًا ، يكفيها بقيةُ الشهر وشهران بالأهلّة . وإن كان أقلَّ ، ففيه خلافٌ ، لأجل اضطراب النص [(٣)] . ومن لا يحتسب به يقول : / يحتمل أن يكون جميعُ بقية ٢١٥/أ الشهر حيضًا . ومن يحتسب يقول أن الطهر يقع آخر الشهر ، والحيضُ مع أول الشهر ، حتى قالوا : يُحْسب [(٤)] بقية الشهر قرءًا ، وإن لم يَبْقَ إلا يوم وليلة [(٥)] . وهذا تحكُّمُ يخالف الوجود . فإن قيل : على قول الاحتياط فى المستحاضة ، لم يكتف بثلاثة أشهر ، ويحتمل أن يزيد الطهر على ثلاثة أشهر ، فَلِمَ لا يُحْتاط في العدة ؟ قلنا : ذكر صاحب « التقريب » وجهًا أنها [(٦)] تُؤمر بالاحتياط والتربُّصِ إلى سنِّ اليأس ، أو أربع سنين ، أو تسعة أشهر ، كما ذكرناه فى الحيض ، وهو مُتَّجِهٌ ؛ إذ الاحتياطُ للنكاح أهمُّ ، ولكن ربما يفرّق بأنَّ حكم العبادات مقصورٌ عليها ، والعدةُ تقتضي السُّكنى والرجعةَ ؛ فيبعد أن تتمادى . [(٧)]ويمكن أن يقال[(٧)] : لا رجعة ولا سكنى إلا [في] [(٨)] ثلاثة أشهر ، ويبقى تحريمُ النكاح تَعَبُّدًا عليها ، ولكن الضرار يعظم فيه ، فلذلك يبعد قولُ الاحتياط هاهنا من وجه

الصنف الثالث : الصغيرة [(٩)] . وعدّتُها بالأشهر إلى أن تحيض . ولا مبالاة برؤيتها

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وحافظة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مع آخر » .

(٣) ورجح النووي أنه لا يحسب قرءًا كما في الروضة (٣٦٩/٨) . والمقصود باضطراب « النص » أي : نصّ الشافعي (رحمه الله) .

(٤) فى (أ) ، (ب) : « يحتسب » .

(٥) فى الأصل : « إلا يومًا وليلة » وهو خطأ ، والصواب رفعه على أنه فاعل للفعل « يبق » ، كما هو مثبت في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « أنها » ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) : « لكن يمكن أن يقال » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) وتدخل في الصنف الثالث الآيسة أيضًا .

الدمَ قبل تمام تسع سنين (١) ؛ فإن ذلك ليس بحيض . ولو طُلقت ، فرأت الدمَ بعد مُضيّ ثلاثة أشهر ، فليس عليها الاسئنافُ . وإن كان قبل تمام الشهر (٢) استأنفت العدة بالأقراء ، فإنها الأصل . وما مَضَى من الطهر ، هل يُحْسب قرءًا ؟ فعلى الخلاف المذكور (٣) .

فأما الآيسة إذا حاضت ، فيحسب لها بقيةُ الطهرِ قرءًا ؛ لأن طهرها محتوَشٌ بدمين (٤) وإن طال بها العهد (٥) . ومهما انكسر الشهر الأول يُتمم بثلاثين من الشهر الأخير (٦) ، ويكفي شهران [آخران] (٧) بالأهلة . وفيه وجهٌ مثلُ مذهبِ أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا انكسر شهرٌ فقد انكسر الجميعُ ؛ فلا بد من تسعين يومًا (٨) .

والعدةُ بالأشهر لا تكون إلا في الصغيرة والأيسة ، وهو أحدُ نَوْعَيِ العدة . وهذا كلُّه في الحرة .

فأما الأمة المنكوحة ، فإنها تعتدُّ بقرأين عند الشافعي (رضي الله عنه) (٩) ؛ لأن القرء لا ينتصف . كما يملك (١٠) العبدُ طلقتين ، والعدةُ بالنساء . فإن كانت من ذوات الأشهر ، فقولان (١١) :

أحدهما : أنه (١٢) تعتد بشهر ونصف ؛ لأنه يقبل التجزئة .

والثاني : أنها تعتدّ بشهرين بدلًا عن القرأين ؛ فإنهما قد تأصلا فلا ينظر (١٣) إلى السبب .

---

(١) في (ب) : « تسعة سنين » وهو خطأ واضح . (٢) في (ب) : « قبل تمام الأشهر » وهو أوضح .

(٣) أقرب الوجهين إلى ظاهر النص أنه لا يحسب قرءًا . انظر الروضة (٣٧١/٨) .

(٤) أي مُكْتَنَف بدمين . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولو طال بها العهد » .

(٦) يعني إن طلقها بعد طلوع هلال الشهر بمدة – قلَّت أم كثرت – فيتمم بثلاثين من الشهر الرابع . أما إذا وافق طلاقُها ظهورَ الهلال ، فعدتُها ثلاثة أشهر بالأهلّة . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه ضعيف ، والصحيح الأول . انظر الروضة (٣٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٨٦/٣) .

(٩) انظر الأم (٢١٦/٥ ، ٢١٧) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « كما لا يملك » وهو خطأ ؛ إذ العبدُ يملك طلقتين كما سبق .

(١١) كلا القولين في الأم (٢١٧/٥) . (١٢) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(١٣) في (أ) و (ب) : « فلا نظر » .

وقد نصَّ في أُم الولد إذا أُعتقت على قولين :

أحدهما : أنه يكفيها [١] شهر واحد بدلًا عن قرء واحد فى الاستبراء .

والثاني : أنها تعتد بثلاثة أشهر ؛ لأن ما يتعلق بالطبع من علامة البراءة لا يختلف بالرقّ ؛ فَيُخَرَّج من هذا قولٌ ثالث فى المنكوحة : أنها تَعتدّ بثلاثة أشهر .

الصنف الرابع : التى تباعدت حيضتها [٢] . نُظِر :

فإن تأخرت حيضتها من الصغر - فلم تَحِضْ أصلًا - فعدتُها بالأشهر ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾ [٣] . وإن حاضت ، ثم تأخر - إن كان بمرض ظاهر أو رضاع - فليس لها إلا تربصُّ الحيض أوسنّ اليأس ، فعند سنِّ اليأس تعتد بالأشهر .

أما إذا لم يكن الانقطاع لعلّة ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

الجديد : أنها تصبر إلى سنّ اليأس كما إذا كان لعلة ؛ لأن الأشهر ورد في القرآن في اللائي لم يحضن واللائي يئسن [من المحيض] [٤] وليست من القسمين ؛ ولأن الحيض لا ينقطع إلا لعلة وإن خَفِيَتْ ، وفي العلة تربصٌّ [٥] قطعا ، [٦ فإن فيه مذهب عثمان ٦] وزيد وعلي (رضي الله عنهم) في زوجة حِبَّان بن منقذ في مثل هذه الحالة [٧] . وفيه

---

(١) في (أ) : « أنه يكفي » .

(٢) أي التي انقطع عنها الحيض بعد ما أتاها ، أو التي لم تحض أصلًا .

(٣) من الآية (٤) من سورة (الطلاق) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تتربص » .

(٦) في (ب) : « وقد ورد فيه مذهب عثمان .. » .

(٧) رواه الشافعي في الأم (٢١٢/٥) والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٩٠/١١) وفي السنن الكبرى (٤١٩/٧) . وهذه القصة تحكي « أن رجلًا من الأنصار ، يقال له : حبان بن منقذ ، طلق امرأته وهو صحيح (ليس مريضًا) وهي ترضع ابنته . فمكثت سبعة عشر شهرًا لا تحيض ؛ يمنعها الرضاعُ أن تحيض . ثم مرض حِبّانُ بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية ، فقيل له : إن امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله : احملونى إلى عثمان ، فحملوه إليه ، فذَكر له شأنَ امرأته - وعنده عليُّ بن أبي طالب وزيد بن ثابت - فقال لهما عثمان : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها ترثه إن مات ويرثها إن ماتت ؛ فإنها ليست من القواعد اللاتي قد يئسن من المحيض ، وليست من الأبكار اللاتي لم يبلغن المحيض =

أيضًا مذهب ابن مسعود (رضي الله عنه) [1] .

والقول الثاني [2] : أنها تَسْتَظهِرُ بالصبر إلى سنّ اليأس ، فتتربص تسعةَ أشهر ؛ لِتتبينََّ عدم الحمل ، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر ؛ للتعبد .وهو قول قديم قلَّد الشافعيُّ (رضى الله عنه) فيه مذهبَ عمر (رضوان الله عليه) [3] .

والقول الثالث : أنها تتربص – لِنَفْيِ الحمل – أربعَ سنين ، ثم تعتد بثلاثة أشهر والقولان الأخيران قديمان ويلتقيان على المصلحة [4] .

التفريع : إن قلنا : تتربص تسعة أشهر ثم ثلاثةً ، فلو فعلت ونكحت ، ثم حاضت ، فالنكاحُ مستمرٌ لاتصاله بالمقصود . ولو حاضت قبل تمام التسعة ، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء . وإن لم يعاودها وجب عليها استئنافُ التسعة ؛ لأن ما سبق كان للانتظار وقد بطل فلا يقنع حصول البراءة ، فإن التعبد أغلبُ على العدة . أما إذا حاضت بعد الشروع في الأشهر الثلاثة – وراء التسعة – ثم لم يُعَاودها [الدم] [5] ، فعليها استئناف التربص بالتسعة [6] ، ولكن ما سبق من مدة العدة فى الأشهر الثلاثة ، هل تحسب حتى

= ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثيرٍ » فرجع حِبّانُ إلى أهله ، فأخذ ابنته ، فلما فقدت الرضاعَ حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ، ثم تُوُفّى حبانُ قبل أن تحيض الثالثة ، فاعتدتْ عدةَ المتوفَّى عنها زَوْجُها ، وورثته » .

(١) انظر معرفة السنن والآثار (١٩١/١١) والسنن الكبرى للبيهقي (٤٢٠/٧) .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « والثاني » والزيادة من (ب) .

(٣) ونصه كما في معرفة السنن (١٩٠/١١) : قال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) : « أيما امرأة طلقت ، فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتُها ، فإنها تنتظر – بعد التسعة – ثلاثة أشهر ثم حلَّت » .

ورواه عنه مالك في الموطأ (٥٨٢/٢) وعبد الرزاق في مصنفه (٣١٩/٦) ورواه ابن حزم في المحلَّى (٢٧٠/١٠) وإسناده صحيح .

(٤) انظر الأم (٢١٢/٥) .

(٥) زيادة من (أ) و (ب) .

(٦) في (ب) : « التربص بالثقة » وهو خطأ مضحك .

تبني [عليه] (١) الباقي ، أو تستأنف كما تستأنف التسعة ؟ فيه وجهان (٢) ، ووجه /٢١٥/ب البناء ، أن الانتظار هو الذي يبطل بطرآن الحيض ، أما ما وقع الاعتدادُ به من صلب العدة ، فلا .

التفريع : إن أمرنا باستئناف الكل فلا كلام ، وإن قضينا بالبناء ، ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يتم بثلاثة أشهر بالحساب (٣) .

والثاني : أن ما مضى يُحسب قرءًا ؛ لأنه طرأَ الحيض عليه ويكفيه شهران وإن لم يمض من الأشهر قبل الحيض إلا يوم [واحد] (٤) وهذا بعيد ؛ لأنه جَمْعٌ بين البدل والمُبْدَل فى عدة واحدة ، وهذا لا نظيرَ له في الأبدال .

أما إذا رأت الدم بعد مُضِيّ المدتين (٥) وقبل النكاح ، فالمنصوصُ أنها مردوردة إلى الأقراء (٦) ؛ لأن البدل لم يتصل بالمقصود . وكذا تتربص في انتظار الدم وقد وُجِدَ . ومن أصحابنا من قال : الحيض بعد الفراغ ؛ كالحيض بعد النكاح ؛ فلا أثر له .

(٧ وكلُّ هذه التفريعات جاريةٌ أيضا على قولنا ٧) : إنه (٨) تتربص أربع سنين ، وإنما يختلف المقدار .

أما إذا فرعنا على الجديد – وهو التربُّصُ إلى سنّ اليأس – ففي سِنّ اليأس قولان :

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) أصح هذين الوجهين أنها تبني على ما مضى من المدة . انظر الروضة (٨/ ٣٧١) .

(٣) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٨/٣٧٢ .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) يعني مدة التربص وهي تسعة أشهر ، والثلاثة الأشهر بعدها .

(٦) انظر الأم (٥/٢١٤ وما بعدها) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) . وفي الأصل : « وكل هذه التفريعات جارٍ على قولنا » .

(٨) في (أ) و (ب) : « إنها » .

أحدهما : أنه أقصى مدةِ يأسِ امرأةٍ في دهرها مما يُعرف فى الصُرود والجروم [1] الذي يُبْلغ حَدّه [2] ؛ فإن سائر العالم لا يمكن طَوْفه [3] .

والثاني : تعتبر نساء [4] عشيرتها من جانب الأُم والأَب . ومن أصحابنا من ذكر وجهين ضعيفين :

أحدهما : النظر إلى نساء العصبات دون جانب الأم [5] كما في مهر المثل .

والثاني : النظر إلى نساء البلدة [6] ؛ لأن للهواء تأثيرًا [7] فيه .

فرع : على هذا القول ، لو رأت الدمَ بعد الوصول إلى سنّ اليأس لا يخلو .

إما أن ترى قبل مُضِيّ الأشهر [8] أو بعدها [9] . فإن كان [10] قبله انتقلت إلى الأقراء [11] ؛ لأن ذلك حيضٌ بالاتفاق . فإن لم يُعَاوِدْها فترجع إلى الأشهر ، وفيه وجهان :

أحدهما : أنها تعتد بتسعة أشهر [12] ، ثم بثلاثة أشهر ؛ لأن اليأس قد بطل بطُرْآن الحيض .

والثاني : - وهو الأصح - أنه يكفيها ثلاثةُ أشهر ؛ فإنها الآن آيسةٌ ؛ إذْ لم يعاودها الدمُ ، لكن نَقْطع على هذا القولِ بوجوب استئناف تمام الأشهر الثلاث دون البناء [13] ؛

---

(١) الصرود والجروم : البلاد الباردة والحارة . والجرْمُ : هو الحرّ ، فارسي معرب . وأرضٌ جَرْمٌ : حارّة . والجَرْم : نقيض الصَّرْد . والجروم خلاف الصرود . انظر : اللسان (٦٠٦/١ وما بعدها) .

(٢) وفي (ب) : « الطرود والخروج » وهو خطأ مضحك .

(٣) والأشهر عند الشافعية أن سنّ اليأس اثنتان وستون سنة .

(٤) في (أ) : « تعتبر بنساء » .

(٥) (أ) : « من جانب الأم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « البلد » .

(٧) في الأصل : « تأثير » وهو خطأ واضح .

(٨) يعني أنها إذا وصلت إلى سن اليأس ، وهو (اثنان وستون) عامًا - كما هو الأشهر عند الشافعية - فتعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر ثم قد يأتيها الدم قبل انتهاء هذه الأشهر الثلاثة أو بعدها ، ولكلٍّ حكمٌ كما سيذكره .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو بعده » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت » .

(١١) في (ب) : « نقلت إلى الأقراء » .

(١٢) كلمة : « أشهر » ليست في (أ).

(١٣) يعني دون البناء على ما مضى من زمن قبل رؤية الدم .

لأنا [١] – في هذا القول – نتشوَّف إلى اليقين ، ولا يبقى ذلك مع طرآن الحيض بخلاف التفريع على القول القديم .

أما إذا رأت بعد الأشهر ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العدة بطلت ، سواءٌ رأتْ بعد النكاح أو قبله ؛ لأن مطلق بناء اليقين على هذا القول ، وقد فات بالحيض .

والثاني : أنه ، إن كان قبل النكاح استأنفت الأشهر . وإن كان بعد النكاح فلا ينقص الحكم [٢] .

والثالث : أنه لا يجب الاستئناف في الحالتين ؛ لأن الأشهر قد تَمَّتْ وحصل الحلُّ ؛ فلا ينظر إلى ما بعده . ويلتفت هذا على الخلاف في المعْضُوب [٣] إذا حجَّ عنه ، ثم زال العَضْبُ نادرا أنه هل يجب الاستئناف ؟

* * *

(١) في (ب) : « لأن » .

(٢) وهذا القول أظهر الأقوال الثلاثة كما في الروضة (٣٧٣/٨) . وفي (ب) سقطت كلمة « الحكم » .

(٣) المعضوب : هو الزَّمِنُ الذي لا حَرَاك به ، كأن الزّمَانة عَضَبَتْه ومنعتْه من الحركة . المصباح المنير (٦٣٤/٢) مادة (عضب) .

النوع الثاني

المعتدة بالأشهر

وذلك في الصبية والآيسة ، وقد ذكرناه .

النوع الثالث

عدة الحامل

وفيه فصلان :

الأول

في شروطه

ولا تنقضي العدة إلا بوضعِ حملٍ تام من الزوج ، فهما شرطان :

الأول : أن يكون من الزوج أو ممن منه العدة ؛ فلو مات الصبي - أو فسخ نكاحه - فولدت زوجتُه من الزنا : لم تنقض به العدةُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] . وكذلك زوجة الممسوح [2] ، وكلّ ولدٍ مَنْفِيّ [3] عن الزوج قطعًا [4] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : إذا تزوّج الصبي ومات أو فُسخ نكاحه ، فولدت زوجته من الزنا لم تَنْقَضِ به العدة ، وكذلك كل ولد مَنْفِيّ عن الزوج قطعًا . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (٣٧٤) . القوانين الفقهية (٢٤١) . المبدع شرح المقنع (١١٠/٨) .

ومذهب الحنفية : أن الصبي لو مات أو فسخ نكاحه ، ثم ولدت زوجته ، فلها حالتان :

(الأولى) : أن يظهر الحبل بعد موته ، فعدتُها حينئذ أربعة أشهر وعشر ولا ينظر إلى الحبل ؛ لأنه من زنا حادث بعد موته ، أو بعد الفسخ .

(الثانية): أن تكون حاملًا عند موت الصبي ، فعدتها أن تضع حملها ؛ استحسانًا في قول أبي حنيفة ومحمد . وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور ، وهو قول زفر أيضًا . انظر : المبسوط (٥٢/٦) . الهداية (٣٠٩/٢) . فتح القدير (٣٢٣/٤) .

(٢) الممسوح : هو فاقد الذكر والأنثيين .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُنْتَفٍ » .

(٤) وذلك مثل أن تلد لأقل من ستة أشهر من حين العقد عليها ، أو تلد لأكثر من ستة أشهر ولكن لم يدخل بها زوجُها ولا رآها قطُّ ، ونحو هذا ، فلا تنقضي عدتُها - إذا طلقت - بوضع هذا الحمل وإنما تعتدّ بالأقراء بعد وضعه .

أما الحمل المنفيُّ باللعان ، فتنقضي العدةُ بوضعه ؛ لأن القولَ في العدة قولها ، وهي تقول : إنه من الزوج .

فرعان

أحدهما : لو قال [١] : « إذا ولدت فأنت طالق » فولدتْ وشرعت في العدة ، فأتتْ بولد آخر بعد ستة أشهر من الولادة الأُولَى ، ففي انقضاء العدة [به] [٢] ثلاثةُ أوجه :

أحدها : لا تنقضي ؛ لأنه مَنْفِيّ عن الزوج .

والثاني : تنقضي ؛ لأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة من الزوج بعد الولادة الأولى ، فهو كالمنتفي باللعان [٣] .

والثالث : أنها إن ادعت وطئا محترمًا [٤] على الزوج بعد الولادة ، انقضت العدة - وإن كان القولُ قوله في نفي الولد - ولكن الاحتمال لا ينقطع به . وإن لم تَدَّعِ لم تَنْقَضِ .

الثاني : إذا نكح حاملًا من الزنا ، ثم طلقها ، وهي ترى الأدوار [٥] - وقلنا : إن دمَ الحاملِ دمُ فسادٍ - فلا أثر له [٦] . وإن قلنا : إنه حيضٌ ، فهل تنقضي العدةُ به [٧] ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا قال لها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) . (ب) : « فهو كالمنفي باللعان » .

(٤) الوطء المحترم هو غير المحرّم ، بأن يكون وَطْءَ شبهةٍ مثلاً .

(٥) أي الحيض والطهر .

(٦) أي : لا تنقضي عدتها من الطلاق إلا بعد وضع هذا الحمل - الذي هو من الزنا - ثم تعتد بالأقراء ؛ وذلك لأن الحمل من الزنا لا أثر له - في انقضاء العدة - إذا وضعته ، فإنه كالمعدوم .

(٧) يعني بالأطهار كما هو المذهب ، فالضمير في قوله : (به) لا يعود على الحيض .

أحدهما : نعم ؛ لأنّ حمْلَ الزنا لا يؤثر في العدة ، فيُنْظَر إلى الأقراء [1] .

والثاني : لا ؛ لأن الأقراء تُؤثر حيث تدلُّ على البراءة ، وهذا لا يدل عليه ، فعليها استئنافُ الأقراء بعد وضع الحمل .

الشرط الثاني : وضع الحمل التام . ويُخَرَّج عليه ثلاثُ مسائل :

إحداها : أنها لو كانت حاملًا بتوأمين ، لا تنقضي العدةُ بوضع الأول حتى تضع الثاني [2] . وأَقصى مدةٍ / بين التوْأَمين ستةُ أشهرٍ ، فما جاوزَ ذلك ، فهو حملٌ آخر ٢١٦٠/أ

الثانية : لو انفصل بعضُ الولد ، لم تنقضِ العدةُ حتى ينفصل بكماله . وحكمُ المنفصِلِ بعضُه حكمُ « الجنين » في الغُرّة [3] ، ونَفْي الإرث [4] ، وتَسْرِية العتق إليه من الأم [5] ، وبقاء الرجعة ، والعدة [6] ، والتبعية في الهبة والبيع وغيرهما . وعُزِيَ إلى القفال أنه إذا صرخ واستهل ، فقد تيقَّنَّا وجودَه ؛ فله حكمُ المنفصل إلا في العدة ؛ فإن براءة الرحم تحصل بانفصاله .

الثالثة : لو أجهضت جنينًا ، ظَهَرَ عليه التخطيطُ والصورةُ : فهو تامّ ، وتنقضي به العدةُ . وإن كانت الصورة بحيث لايُدركها إلا القوابل : فإن كانت علقة [7] ، فلا حكمَ لها ؛ إذ لانتيقَّن أنه أصلُ الولد .

---

(١) وهذا الوجه هوأصح الوجهين كما في الروضة (٣٧٥/٨) . والغاية (٨٥١/٢) .

(٢) وعليه ، فإذا كانت رجعية صحت رجعتها . ولو طلقها ثانيا وقع الطلاق . ولو مات أحدهما ورثه الآخر .

(٣) يعني أن « المنفصل بعضه » يأخذ حكم « الجنين » ، فلو جنى أحدٌ على الأم وأسقطت هذا « المنفصل بعضه » ميتًا ، فإنه يُقْضى فيه بغرة ، والغُرّة هي العبد أو الأمة .

(٤) أي يمتنع توريثه . وفي الأصل : « ونفي الأرش » وهو خطأ . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني إذا كانت أمُّه أَمَةً وعَتَقَتْ – وهو ما زال لم ينفصل كلّه – سَرَى العتقُ إليه أيضًا .

(٦) أي : لو راجعها الزوج – والحالةُ هذه – صَحَّتْ رجعتُها .

(٧) العلقة : هي المني ينتقل بعد طوره في رحم الأم ، فيصير دمًا غليظا متجمدًا . ثم ينتقل طورًا آخر ، فيصير لحمًا ، وهو المضغة ، وسُميت بذلك لأنها مقدارُ ما يُمْضغ . انظر المصباح المنير (٦٥٢/٢) مادة (ع ل ق) .

وإن كان لحما ولم يظهر عليه تخطيطٌ للقوابل ، فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) على انقضاء العدة [١] . ونص على أن الاستيلاد لا يحصل به [٢] ، ولا غُرَّةَ فيه [٣] . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج . ومنهم من فَرَّق بينهما ، بأن العدة في الكتاب تتعلق [٤] بوضع الحمل ، وهذا حملٌ [٥] . والاستيلادُ يتعلَّق بالولد ، وهذا ليس بولد . والغرةُ بدلُ مولودٍ ، وهذا ليس بمولود [٦] .

* * *

---

(١) الذي وجدته من نص الشافعي في الأم ، هو قوله : « وإذا ألقت شيئا مجتمعا ، شك فيه أهل العدل من النساء ، أَخَلْقٌ هو أم لا ؟ لم تحل به ولا تخلو إلا بما لا يشككن فيه » . انظر : الأم (٥/٢٢١) . ولعل هناك نصًّا آخر للشافعي يخالف هذا ، ولكني لم أعثر عليه .

(٢) أي إذا كانت الأمُّ أمةً يطؤها سيدها رجاءَ ولدِها ، فأسقطت قطعةَ لحمٍ لا يظهر عليها تخطيطُ صورةِ آدمي ؛ فإنها بذلك لا يحصل لها أحكامُ « أم الولد » ، ومن أحكامها أنها تعتق بموت سيدها .

(٣) في الأصل : « ولا غيره فيه » ، وفي (أ) ، (ب) : « ولا عبرة به » وكلاهما ليس مقصود الغزالي (رحمه الله) وإن كان ما في (أ) ، (ب) يصح ، وتأويله حينئذ : ولا عبرة به في حصول الاستيلاد . والصواب : « ولا غُرَّةَ فيه » فإذا جَنَى على الأمّ أحدٌ وأسقطته لحمًا ، فلا يُقضى فيه بغرة . ويؤيد صحةَ هذا ما سيقوله الإمام الغزالي بعد قليل .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تعلق » .

(٥) أي تنقضي العدة بوضعه وإن كان قطعةَ لحمٍ ؛ إذ قال الله تعالى : ﴿ وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهنّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلهن ﴾ وهذا حمل .

(٦) ومع هذا ، فالمذهبُ انقضاءُ العدة به . انظر الروضة (٨/٣٧٧) .

الفصل الثاني

في ظهور أثر الحمل وحقيقته بعد الاعتداد بالأقراء [١]

وفيه مسائل :

الأولى : المعتدةُ بالأقراء إذا ارتابتْ وتوهَّمتْ حملًا بعد تمام الأقراء ، فإن كانت بحيث يُحْكم في الظاهر بأنها حاملٌ : فيحرم عليها النكاحُ . ولو استشعرتْ ثقلا ، وتوهَّمت ، فهي المرتابة ؛ فلو نكحت قبل زوال الريبة نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في « المختصر » أن النكاح موقوف [٢] . ونصَّ في موضع آخر : أنه باطل . فمن أصحابنا من قطع بالصحة ؛ إذ بَانَ الحيالُ [٣] ؛ لأنه بُني على سبب ظاهر - وهو العدة - فلا أثر للتحريم بريبةٍ لا أصلَ لها . ومنهم من قال : قولان . واختلفوا في أصله ، فقيل : إن أصله قَوْلَا وَقْفِ العقود ، كما لو باع مالَ أبيه على ظَنٍّ أنه حَيٌّ ، فإذا هو ميتٌ . وقيل : هذا فاسد ؛ لأنه غيرُ مبنيٍّ على أصل ، بل مأخذُه القولان في أنّ من شك في عدد الركعات بعد الفراغ ، هل يلزمه التدارك ؟ [٤] وهذا القائل يُفَرِّق بين : إنْ شكَّ [٥] قبل تمام الأقراء أو بعده . والقائلُ الأول لا يُفَرِّق [٦] .

---

(١) يعني إذا ظهر بالمعتدة حملٌ في أثناء اعتدادها بالأقراء أو بعد انقضائها .

(٢) ونصه كما في مختصر المزني ص (٢١٨) : « ولا تنكح المرتابة وإن أَوْفَتْ عدتَها ؛ لأنها لا تدري ما عدتُها ؟ فإنْ نكحت لم يفسخ ، ووقفناه ، فإن برئت من الحمل فهو ثابت [يعني النكاح] وقد أساءت . وإن وضعتْ بطل النكاح » .

(٣) أي بَانَ أنها غير حامل مدة اعتدادها بالأقراء .

(٤) والمذهب أنه لا شئ عليه ، ولا أثر لهذا الشك .

(٥) في (ب) : « أن تَشُكَّ » وهو أوضح .

(٦) المرتابة لها أربع حالات :

(الأولى): أن يظهر بها حملٌ أثناءَ عدتها ، فعدتُها بوضعه ولا اعتبارَ بما مضى من الأقراء أو الأشهر .

(الثانية): أن ترتاب قبل تمام الأشهر - لِثِقَلٍ تجدُه لا تَيَقُّنًا بالحمل - فليس لها أنْ تتزوج ولو بعد تمام العدة ، حتى تزول هذه الريبة ، فإن تزوجت فالنكاحُ باطلٌ .

=

الثانية : إذا اعتدتْ بالأقراء ، ولم تنكح [١] ، فأتتْ بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون من الزوج ، أُلحق به . وأقصى مدة الحمل عند الشافعي (رضي الله عنه) أربعُ سنين . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) سنتان [٢] .

والأربعُ تحسب من وقت الطلاق إن كان بائنا [٣] ، وإن كان رجعيا فقولان :

أحدهما : من [وقت] [٤] الطلاق [٥] .

والثاني : من وقت انقضاء العدة ؛ لأن الرجعية في حُكْم زوجة . فعلى هذا ، لو أتتْ بولدٍ لعشرِ سنين مثلا من وقت الطلاق لحق [به] [٦] ؛ لأن العدة يتصور أن تطول بتباعد المدة [٧] ، ونحن نكتفي بالاحتمال . ومنهم من استعظم هذا فقال : لا نزيد في العدة على ثلاثة أشهر نُضِيفها إلى أربع سنين ؛ فإنه الغالب . إلا أنَّ ما قاله لا يَنْفي

= (الثالثة): إن ارتابت - بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر - وتزوجت ، لم يُحكم ببطلان النكاح إلا إذا وضعت لدون ستة أشهر من وقت النكاح . فإن وضعت بعد ستة أشهر ، فالولدُ للثاني والنكاحُ مستمرٌ على صحته .

(الرابعة): إن ارتابت - بعد الأشهر أو الأقراء - ولم تتزوج ، فالأولى أن تصبر إلى زوال الريبة ، فإن لم تصبر وتزوجت ، فالمذهب أن النكاح لا يبطل في الحال ، بل يكون حكمه كما في الحالة الثالثة . انظر روضة الطالبين (٨/٣٧٧) .

(١) في الأصل : « أو لم تنكح » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وعن أحمد رواية أنها سنتان . انظر : الروضة (٨/٣٧٧) . المبدع (٨/١١١) . الإفصاح (٢/١٧٧) .

ومذهب الحنفية : أن أقصى مدته سنتان . انظر الهداية (٢/٣١٦) . الاختيار (٣/١٧٩) .

ومذهب المالكية : المشهور عندهم أنها خمس سنين ، وقيل : أربع سنين . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤١) . الشرح الصغير (٢/٦٨١) .

(٣) وسواء كان بائنا بخلع ، أو بفسخ ، أو بلعان - ولم يَنْفِ الحملَ - وعليه ، فيلحقه الولد إن ولدته لأربع سنين فأقل ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنوات ، فلا يثبت نسب الولد ، وهو منفي عن الزوج بلا لعان .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا القول أظهرهما ؛ لأنها كالبائن في تحريم الوطء . انظر الروضة (٨/٣٧٨) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « بتباعد العدة » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الاحتمالَ ؛ فلا وجْه له .

الثالثة : إذا نكحت ، ثم أتت بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون من الأول ومن الثاني جميعًا : أُلحق بالثاني (١) لأن فراش الثاني ناسخٌ للأول (٢) ؛ فلا سبيل إلى إبطال نكاحٍ جَرَى على الصحة . أما إذا كان النكاح فاسدًا ، بأن جري في أثناء العدة - بأن ظَنَّ انقضاءها - فَيُعْرض الولدُ على القائف ؛ فإن ذلك كوطء شبهةٍ ، ولا يؤدي إلى إبطال نكاحِ صحيح .

ثم الفراش الذي يُبْنى عليه احتمالُ الولد في النكاح الفاسد ، هو الوطءُ أو مجردُ العقد؟ فيه خلاف ، والظاهرُ : أنه بالوطء [ولا يلحقه بمجرد العقد] (٣) وكذلك الخلاف في انقطاع هذا الفراش ، بالتفريق أو بآخر وطأة ؟ . ويلتفت [هذا] (٤) على أن العدة ، هل تنقضي مع مجالسة الزوج زوجتَه ؟ وعليه يُخَرَّج أن لحوق الولد في النكاح الفاسد ، هل يقف على الإقرار بالوطء ؟ فإن أَحْوَجْناه إلى الإقرار بالوطء ، فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء (٥) ، بل باللعان (٦) ، وفيه وجه : أنه كملك اليمن (٧).

الرابعة : **في النزاع** . فلو قال : « طلقتُ بعد الولادة فَلِيَ الرجعةُ ؛ فإنكِ مُعْتدةٌ » . فقالت : « بل طَلَّقتَ قبل الولادة » : فالقولُ قولُه في وقت الطلاق ، سواءٌ كان وقتُ الولادة مُعَيَّنًا بالاتفاق أو مُبْهَمًا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لحِقَ الثاني » .
(٢) في (ب) : « ناسخ الأول » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٥) الاستبراء لغة : هو طلب البراءة . وشرعا : تربص الأمة مدةً بسبب ملك اليمين حدوثًا أو زوالًا . أو تربص المزنيّ بها أو الموطوءة بشبهة ؛ لمعرفة براءة رحمها أو للتعبُّد . وقوله : (فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء) يعنى أن الولد يلتحق نسبه بالزوج في النكاح الفاسد وإن ادّعى الزوجُ أنه قد استبرأها بحيضة أو أكثر . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠١/٢) مغني المحتاج (٤٠٨/٣) .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٨٢/٨) .

(٧) أي ينتفي الولد بلا لعان إذا ادّعى الاستبراء ، وذلك قياسًا على الأمة ؛ إذ لو وطئها واستبرأها بحيضة ، فالمذهب أنه ينتفي عنه الولد بغير لعان ؛ لأن فراش الأمة ضعيف . وفي (ب) : « وفيه وجه كملك اليمين » .

ولو اتفقا على وقت الطلاق ، واختلفا في وقت الولادة ، فالقولُ قولُها ؛ لأنها مُؤْتمنة على ما في رحمها .

لو اتفقا على الإشكال ، فالأصل / بقاء سلطان الرجعة ، واستمرارُ النكاح . ٢١٦/ب

وإن جَزَمت الدعوى ، فقال : لا أدري . فعليه أن يحلف جزمًا ، أو تنكل ؛ حتى تردّ اليمينُ عليها . ولو جَزَم الدعوى ، وقالت : لا أدري ، فالزوجُ على الارتجاع ، وهي مُدَّعِيةٌ ؛ فلا تُسْمع الدعوى مع الشّكّ .

* * *

الباب الثاني

في تداخل العدتين عند تعدُّدِ سببه [١]

والسبب : إما الوطءُ ، وإما الطلاق .

أما الوطء ، فتعدُّده : إما من شخصين ، وإما من شخص واحد . أما من شخص واحد ، فهو أن يُطلقها ، ثم يطؤها بالشبهة ؛ فتتداخل العدتان إذا اتفقتا - بأن لم [٢] يكن إحبالٌ [٣] وكانت من ذوات الأشهر أو الأقراء [٣] - فتعتد بثلاثة أشهر ، [٤] أو ثلاثة أقراء ؛ فتنقضي العدتان [٤] . ولو كان قد انقضى قرءان فوطئها ، استأنفت ثلاثةَ أقراء ، واندرج القرءُ الثالث [٥] في [القرء] [٦] الأول حتى تتمادى الرجعةُ إلى انقضاء هذا القرء . ثم لا رجعةَ في القرأين الباقيين ؛ لأنهما من الوطء بالشبهة . ومعنى التداخل : أن القرء الأولَ المشترك تأدَّت به عدتان .

أما إذا اختلفت العدتان ، بأن كان إحداهما بالحمل [٧] ، ففي تداخُلِهما وجهان مشهوران :

أحدهما : أن التداخل كالمتفقتين [٨] .

والثاني : لا ؛ لأن الاندراج والتداخلَ يليق بالمتجانسات .

فإن قلنا بالتداخل ، فسواءٌ طرأَ الحملُ على الوطء، أوطرأ الوطءُ على الحمل ؛ فتتمادى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « عند تعدد سببهما » .

(٢) في الأصل : « فإن لم .. » . وما في (أ) ، (ب) أوضح .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكانت من ذوات الشهور والأقراء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو بثلاثة أقراء ، وتنقضي العدتان » .

(٥) في الأصل : « واندرج القرء الثاني » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) يعني والعدة الأخرى : بالأقراء أو الشهور

(٨) وهذا الوجه هو أصحهما كما في الروضة (٨/٣٨٤) . وفي (أ) ، (ب) : « أحدهما التداخل كالمتفقتين » وهو يعني كالمتفقتين في الجنس الواحد .

الرجعةُ والعدةُ إلى وضع الحمل وتنقضي [العدة] [(١)] به .

وإن قلنا : لا تتداخل ، نُظِر : فإن طرأ الوطءُ على الحمل ، انقضت عدةُ الطلاقِ بالوضع ، وانقطعت الرجعة ، واستأنفت الأقراءَ بعده للوطء . وعلى هذا ، لو كانت ترى الدم أيام الحمل ، قال القاضي والشيخ أبو حامد [(٢)] : تنقضي بها عدة الوطء [(٣)] ، إذا قلنا : إنه حيض ، ويؤدي إلى انقضاء عدتين مختلفتين في زمان واحد لجريان الصورتين ، وعللوا بأن سبب لزوم الأقراء [مجرد التعبد ، ولا تشترط البراءة . وقال الشيخ أبو محمد : كونها في مظنة الدلالة على البراءة ، لا بد منه ؛ إذ به يحصل التعبد ، فلا بد من استئناف الأقراء] [(٤)] بعد الوضع .

أما إذا كانت حائلا في عدة الطلاق ، فأحبلَها بالوطء ، انقطع عدةُ الطلاق ؛ (٥ لأنّ الحبلَ أقوى ٥)فإذا وضعتْ (٦ رجعتْ إلى بقية عدة الطلاق ٦) وثبتت الرجعةُ وسائرُ أحكامها من الميراث وغيرِه في تلك البقية . وهل تثبت قبل الوضع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنها ليست في عدة الطلاق .

والثاني : نعم ؛ لأنها تعرض للرجعة ، و ملتزمةٌ لها في المستقبل ؛ فَيَبْعُد الإبانةُ في الحال ثم العودُ إلى الرجعة [(٧)] .

فعلى هذا ، لم يتغير بما طرأ إلا طُولُ المدة ، وإلا فهي رجعية على الدوام إلى انقضاء العدتين .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « والشيخ أبو محمد » وهو خطأ ، ويدل عليه ما بعده مِنْ ذكْرِه للشيخ أبي محمد والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وقول الشيخ أبي حامد هو الأصح كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

(٤) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن الحمل أقوى » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « رجعت إلى عدة بقية الطلاق » .

(٧) وهذا الوجه هو أصح الوجهين كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

ثم مهما راجَعَها - أو جددَ النكاحَ عليها - انقطعت العدتان جميعًا .

أما إذا كان من شخصين بِأَنْ طلَّقها ، فوطئها بالشبهة غيرُه : لم تتداخل العدتان عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن التعبد في حقّ الزوج بالعدة يتعدد عند تعددهما (١) .

ثم يُنْظر : فإن كانتا متفقتين ، يُنْظر (٢) : فإن سَبَق الطلاقُ الوطءَ (٣) ، استمرتْ عدةُ الزوج ، والرجعةُ إلى تمام ثلاثة أقراء ، ثم بانت ، واستفتحت عدةَ الوطء ، ولم يكن له تجديدُ النكاح بعد شروعها في عدة الشبهة ، وهل له قبل ذلك إن(٤) كانت بائنة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنها ليست إلا في عدته (٥) .

والثاني : لا ؛ لأن لزوم العدة عن الشبهة كوجودها ؛ لأنه (٦)لو نكحها لم يَحِلَّ له

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن العدتين من شخصين لا تتداخلان ، فإذا طلقها زوجها ، ثم وُطِئَتْ بشبهة أو بنكاح فاسد ، فيجب عليها إكمال عدة الأول ، ثم استئناف العدة من الوطء بالشبهة أو النكاح الفاسد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الغاية القصوى (٨٥٣/٢) . القوانين الفقهية ص (٢٤٢) المقنع ص (٢٦٠) . المبدع (١٣٤/٨) .

مذهب الحنفية : أن العدتين من شخصين يتداخلان ؛ لأن المقصود من العدة التعرف على فراغ الرحم ، وقد حصل التعرف على ذلك بالعدة الواحدة ، فيتداخلان .

والشافعية ومن وافقهم يقولون : المقصود من العدة العبادةُ - أي عبادة الكفّ عن الزواج والكف عن الخروج - والعبادات لا تداخل فيها ، كالصومين في اليوم الواحد ، فكما لا تَدَاخُلَ في الصوم فكذا في العدة .

انظر : الهداية (٣١٠/٢) . الاختيار (١٧٥/٣) . العناية على الهداية (٣٢٧/٤) . رد المحتار (٥١٩/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نُظِرَ » .

(٣) في الأصل : « فإن سبق الطلاق بالوطء » . والمثبت من (أ) ، (ب) . والمقصود إذا سبق الطلاقُ الوطءَ بالشبهة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) وهذا الوجه هو أصحهما عند أكثر من الشافعية. انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : «ولأنه » .

وطؤها ، والرجعةُ تحتمل ذلك ، ولا يحتمله النكاحُ كما في المُحْرِمَة [1] .

وأما إذا وطئت ، فشرعت في العدة ، وطلقها [2] ، ففي الانتقال إلى عدة الطلاق وجهان :

أحدهما : [أنها] [3] تنتقل ؛ لأن عدة الطلاق أقوى [4] .

والثاني : تستمر ؛ لأن السابق أولى [5] .

فإن قلنا بالانتقال ، رجعت إلى بقية عدة الشبهة [6] عند تمام عدة النكاح . وإن قلنا : تستمر ، استأنفت عدة النكاح بعد عدة الشبهة [6] ، وثبتت الرجعةُ [فيها] [7] . وفي ثبوتها قبل ذلك الخلافُ السابقُ .

أما إذا كانتا مختلفتين ، بأن كان إحداهما بالحمل - فعند هذا يبطل النَّظرُ إلى السَّبْق ، وتُقَدَّم عدةُ الحمل .

ثم النظرُ في كيفية الرجعة ، وانقطاعِ العدة ، والانتقالِ منهما [8] ذكرناه في العدتين المختلفتين من شخص واحد ، حيث قلنا : إنهما لا يتداخلان . نعم ، هذا يُفَارقه في ثلاثة أمور :

الأول : أنه لو راجعها - وكانت حاملًا من الأجنبي - لم يحلَّ الوطءُ . فإن كانت

---

(١) وذلك أن الرجعة تصح إذا كانت الزوجة محرمةً بالحج ، مع أنه لا يجوز ابتداءُ عَقْدُ النكاح عليها إذا كانت في الإحرام .

(٢) يعني إذا وُطِئتْ منكوحةٌ بشبهة ، فَشَرعَت في عدة هذا الوطء ، فطلقها زوجها في أثنائها .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو أصح الوجهين عند الأكثرين من الشافعية . انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٥) يعني تستمر في عدة الشبهة ، لأن سببها - وهو الوطء - سابق على الطلاق ، فيراعى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « منها » .

حاملًا منه ، وقد بقيتْ عليها عدةُ الوطء بالشبهة ، ففي جواز الوطء وجهان جاريان في وطء الحامل من النكاح بعد أَنْ وُطِئت بالشبهة :

أحدهما : الجواز ؛ إذ ليست في عدة الشبهة ما لم تضع حَمْلَ الزوج [(١)] .

والثاني : لا ؛ لوجوب العدة .

الأمر الثاني : أنها لو كانت ترى صورة الأقراء مع الحمل ، فالمصيرُ إلى انقضاء العدة بها - مع تعدد الشخص - بعيدٌ ، وقيل : يَطّرد ذلك ها هنا كما في شخص واحد [(٢)] .

الأمر الثالث : / أَنه لو أراد أحدُهما نكاحها - وهي ملابسةٌ عدةَ غيره - لم يَجُزْ . ٢١٧/أ وإن كانت حاملًا من الزوج فنكحها ، وهي متعرضة لعدة الشبهة - لكن [(٣)] بعد الوضع - فصحةُ النكاح تُبْنى [(٤)] على حِلّ الوطء في مثل هذه الحالة . ومنهم من قال : وإن قلنا بالحِلّ ، فذلك في دوام النكاح ، أما ابتداء النكاح فلا يحلُّ مع لزوم عدة الشبهة .

هذا كلُّه في عدة المسلمين [(٥)] ، أما الحربيون فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) أن الحربيَّ إذا طلق زوجته ، فوطئها حربيٌّ في نكاح وطلقها ، فلا يُجْمع عليها بين العدتين . فمن أصحابنا من قال : قولان . ووجهُ الفرق : أن التعبُّدَ في حقِّ الحربيِّ لا يتأكَّد ، فكأن أهل الحرب كلهم شخصٌ واحدٌ [(٦)] ، فتتداخل . ومنهم مَنْ قطع بالفرق ، وفَرّقَ بأنَّ حقَّ الحربي يتعرض للانقطاع بالاستيلاد ، فاستيلادُ الثاني يقطع حقَّ الحربي الأول .

فإن قيل [(٧)] : ما ذكرتموه في عدة الحمل ، إنما يستقيم إذا عُلِمَ أن الحمل من أحدهما [(٨)] ، فإن احتمل أن يكون منهما ، فكيف السبيلُ ؟ قلنا : إذا وُضِعَ ، عُرِضَ

---

(١) وهذا الوجه هو الراجح . انظر الروضة (٣٨٨/٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من شخص واحد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٤) في (ب) : « تنبني » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « المسلم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كشخص واحد » .

(٧) هذا عَوْدٌ من الإمام الغزالي (رحمه الله) إلى إتمام الكلام في الأحكام الخاصة بالمسلمين في تداخل العدتين .

(٨) أي من الزوج أو الواطىء بالشبهة .

على القائف ، فإذا أُلْحق [1] بأحدهما حُكِمَ بانقطاع عدتِه دون الثاني . وإن لم يكن قائفٌ ، [2]أو أَشْكل عليه [2] ، يُقْضى بأن إحدى العدتين انقضت على الإبهام .

ويتصدَّى النظرُ في ثلاثة أمور :

الأول : أن الرجعة ، إنْ جوَّزْناها في حال ملابسة عدة الغير ، فله الرجعة . وإن لم نجوزها ، فعليه أن يُرَاجع مرتين ، مرةً قبل وضع الحمل ، ومرةً بعده [3] . فلو اقتصر على إحداهما [4] لم يَسْتَفِدْ به شيئًا ؛ لتعارض الاحتمالين [5] ، إلا أن يقتصر على رجعة ، فيوافقها إلحاقُ القائف فنتبين صحته . وذكر العراقيون وجهًا : أن الرجعة لا تحتمل هذا الوقف كالنكاح .

الثاني : تجديد النكاح [6] . ولا فائدةَ في نكاحٍ واحد ؛ فإنه لا يُفِيد حِلًّا مع الاحتمال ، ولكن لو عقد قبل الوضع وبعده ، ففيه وجهان . ووجه المنع : أن النكاح لا يحتمل مثل هذا الوقف وإن احتملتْه الرجعةُ .

الثالث : النفقة إذا كانت بائنة ، فإنها تُستحق على الزوج : إما للحمل وإما للحامل [7] .فإن كان من الواطىء بالشبهة [8] فَتُسْتحق عليه إن قلنا : إنها للحمل ، وإن قلنا : للحامل ، فلا [9] ، ولكن لا يطلب واحد [10] منهما في الحال ؛ للإشكال [11] . فإن وضعت وأَلحق القائفُ بالزوج ، فلها طَلَبُ النفقة الماضية . وإن أَلْحق بالواطىء لم

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا لَحِقَ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان وأشكل » .

(٣) وذلك حتى تكون إحدى الرجعتين واقعة في عدته هو يقينا .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « أحدهما » والواجب التأنيث ؛ إذ المقصود هو الرجعة .

(٥) إذ قد تقع الرجعة في عدة الواطىء بالشبهة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تجدد النكاح » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أو للحامل » .

(٨) من (أ) ، (ب) : « من الوطء بالشبهة » .

(٩) والأظهر أن النفقة للحامل كما في الروضة (٣٩١/٨) .

(١٠) في (أ) : « لا نطلب واحدًا » .

(١١) والإشكال يتمثل في أن الحمل غير معروف نسبته ، فقد يكون من الزوج ، أو الواطىء بالشبهة .

يُطالب ؛ لأن نفقة القريب تسقط بِمُضِيّ الزمان ، فليس عليه إلا نفقةُ الحمل [١] .

فروع سِتة [٢]

الأول : قال الأصحاب : لا تنقضي عدةُ الزوج إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج . وقال المحققون : هذا خارجٌ عن القياس ؛ فإن العدة لا تستدعي إلا انقضاء المدة مع عدم الوطء ، ولذلك تَنْقضي عِدتُها وإن لم تَعْرف الطلاقَ والموتَ ولم تأتِ بالحداد وملازمةِ المسكن . وقال القاضي : لا نَصَّ للشافعي (رضي الله عنه) على هذا . وأنا أقول : مخالطةُ البائن لا تمنع [٣] ؛ فإنه في حكم الزاني [٤] . ومخالطةُ الرجعية تمنع ؛ لأن اعتدادها في صلْب النكاح ، فلا أقلَّ من أن تعتضد بالاعتزالِ وتَرْكِ المخالطة فِعْلًا . وهذا – وإن كان فيه فقهٌ – فلا يخلو عن إشكال . ثم على هذا لا يُشْترط الوطءُ ولا دوامُ المجالسة ، ولكن المعتاد بين الأزواج .

فإن طالت المفارقة ، ثم جرت مجالساتٌ في أوقات مختلفة ، فيحتمل أن تُحْسَب أوقاتُ المفارَقة دون أوقات المخالطة ، ويحتمل أن يقال : يَنْقطع ما مضى ، (٥وهو خَبْطٌ وحَيْرة ولا تفريع على مُشْكل ٥) .

الثاني : عدة نكاح الشبهة تحسب من وقت التفريق ، أو الوطء ؟ فيه قولان . فإن قلنا : من الوطء ، فلو اتُّفِقَ أنه لم يطأْها بعد ذلك مدة العدة ، (٦ تبين انقضاءُ العدة ٦) ، وإذا وطئها انقطعت . وإن قلنا بالتفريق [٧] ، فلا مبالاة بمخالطته بعد ذلك ؛ لأنه في حكم الزاني ولا أَثَرَ لمخالطة الزناة في العدة . وهذا يدل على أن مخالطة الزوجِ البائنةَ – مع

---

(١) أي عليه نفقة حضانة الحمل بعد الوضع .

(٢) كلمة : « ستة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) أي لا تمنع انقضاء العدة .

(٤) في (أ) : « لأنه في حكم الزاني » يعني أن الزاني لا حرمة لمائه .

(٥) في (ب) : « وهو ضبط جره التفريع على شكل » وهو كلام لا معنى له وصوابه : « وهو خبط جَرَّه التفريعُ على مشكل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فنتبين انقضاء العدة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالتفرق » .

العلم - لا يؤثر [١] ، ومع الجهل يُؤَثر عند الأصحاب . ثم يحتمل أن يقال : المرادُ بالتفريق انجلاءُ الشبهة . ويحتمل أن يقال : إنه المفارقة بالجسد ، والظاهر أنه انجلاء الشبهة ؛ فالمخالطةُ بعده في حُكْمِ الزنا .

الثالث : إذا نكح معتدةً على ظَنّ الصحة ووطئها ، انقطع عدةُ النكاح بما طرأ ، وفي وقت انقطاعه قولان [٢] :

أحدهما : أنه من وقت العقد .

والآخر : من وقت الوطء ؛ لأن العقد فاسد [٣] .

فإن قلنا : تنقطع بالعقد ، فلو لم تُزَفَّ إلى الثاني ، فالصحيح : أنا نتبين أن العدة لم تنقطع ؛ لأنه مجردُ لفظٍ [٤] ، وإنما ينقدح ذلك على قولٍ إذا أفضى إلى الزفاف ، أما إذا أفضى إلى مخالطة وزفاف ، ولكن انجلت الشبهة قبل الوطء ، فهذا محتمل .

الرابع : / من نكح معتدةً بالشبهة ، لم تَحْرُمْ عليه على التأبيد . وفيه قول قديم ؛ تقليدًا لمذهب عمر (رضي الله عنه) : أنها تحرم ؛ للزجر عن استعجال الحِلّ وخلط النسب [٥] . ثم لا يجري هذا القولُ في الزاني ؛ لأنه لا يبغي الحلَّ [٦] . ٢١٧/ب

الخامس : إذا طلّق الرجعيةَ طلقةً أخرى بعد المراجعة ، فتستأنف العدة أو تَبْنى ؟ فيه قولان مشهوران :

---

(١) يعني أنّ وَطْأَه لها - مع علمه بالتحريم - لا يؤثر في انقضاء العدة .

(٢) يعني في وقت انقضاء العدة .

(٣) وهذا أصح القولين ؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٤) أي العقد الفاسد مجرد لفظ لاحقيقة له ؛ إذ لم يَجْرِ وطءٌ .

(٥) مذهب عمر (رضي الله عنه) رواه مالك في الموطأ (٥٣٦/٢) ، (٥٧٥/٢) وإسناده صحيح .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه يبغي الحل » وهو خطأ ؛ إذ الزاني يعلم حرمة ما يفعل .

أحدهما : البناء ، كما إذا طلقها طلقةً بائنةً [١] ، ثم جدَّد نكاحَها بعد قرء ، ثم طلقها قبل المسيس ، فإنه يكفيها قَرْءانِ ، ولا تستحق إلا نصفَ المهر خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

والثاني : الاستئناف ؛ فإنها مردودةٌ [٢] إلى نكاحٍ جرى فيه وطءٌ بخلاف تجديد النكاح .

أما إذا طلقها قبل الرجعة [٣] ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : من [قال] [٤] تستأنف في تلك الصورة يلزمه أن تستأنف هاهنا » . فمنهم من قال : هو تفريغٌ ؛ فَيُخَرَّج هذا أيضًا على قولين . ومنهم من قطع بأنه لا تستأنف ؛ لأن الطلاق الثاني تأكيدٌ للأول [٥] ؛ فلا يقطع العدة [٦] .

فإن قلنا بالاستئناف ، فإن كانت حاملًا فيكفيها وَضْعُ الحمل ؛ لأن هذه بقية تصلح لِأَنْ تكون عدة مستقبلة [٧] .

ولو راجعها ، فوضعت ، ثم طلقها : استأنفت ثلاثة أقراء على قول الاستئناف [٨] . وعلى قول البناء وجهان :

أحدهما : أنه لا عدة عليها ؛ إذ لا وجه [بعد الطلاق للاستئناف ولا] [٩] للبناء .

---

(١) في الأصل : « طلقة ثانية » وهو خطأ ، ويدل على ذلك بقيةُ السياق .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأنها مردودة » .

(٣) يعني وكانت لا تزال في عدة الطلاق الأول .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « تأكيد الأول » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) والمذهب على هذا القول ، أنها لا تستأنف ؛ بل تبني على العدة الأولى ؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطءٌ ، فصار كما لو طلقها طلاقين معًا . انظر الروضة (٣٩٧/٨) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « مستقلة » .

(٨) والمذهب أنها تستأنف . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنا نرجع إلى قول الاستئناف [إذ لا سبيل إلى إسقاط حقهم] [1] عند تعذر البناء .

أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث ، ثم طلقها ، قال القفال : هذا كالمراجعة بعد تمام العدة ؛ لأن بعضَ الطهر الثالث قرءٌ كامل .وقال الشيخ أبو محمد : القرء هو البعض الأخير المتصل بالحيض ، وهذا جرى في النكاح ، والنصفُ الأولُ لا يُعْتَدُّ به .

السادس : لو[2] خالع زوجته بعد المسيس ، ثم جدد نكاحها ، وطلق[3] بعد المسيس : لم يكن عليها إلا عدةٌ واحدة ، وتندرج بقيةُ الأولى تحت هذه .

ولو مات ، فهل تندرج تلك البقيةُ تحت عدة الوفاة مع اختلاف نوع العدة ؟ فيه وجهان [4] .

* * *

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) ليست في (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وطلقها » .

(٤) والمذهب – وبه قطع البغوي وغيره – أنه يكفيها عدة الوفاة ، وتسقط بقية العدة السابقة ، كما لو مات عن رجعية . الروضة (٣٩٧/٨ وما بعدها) .

القسم الثاني من الكتاب

في عدة الوفاة وحكم السُّكْنَى

(وفيه بابان)

الباب الأول

في مُوجِب العدة ، وقَدْرِها ، و كيفيتها

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الموجب والقدر

فنقول : المتوفّى عنها زوجُها ، عليها عدةُ الوفاة ، مَمْسُوسةً كانت أو لم تكن . وإن كانت حاملًا ، فمهما وَضَعت حَلَّتْ ولو في الساعة . ويحل لها غسلُ الزوج عندنا بعد العدة ، وبعد نكاح زوج آخر . وإن كانت حائلا [(١)] ، فتعتدّ أربعة أشهر وعَشْرًا . والأمةُ تعتدُ بشهرين وخمسة أيام ، وتنقضي العدة وإن لم تَحِضْ في هذه المدة ، خلافًا لمالك (رحمه الله) ؛ لأن الله تعالى لم يتعرَّضْ للحيض مع تعرُّضِ النساء له [(٢)] . ومالكٌ (رحمه الله) يقول : لا أقل من حيضة واحدة ، أو وقوع الحيض المعتاد مرة أو مرات [(٣)] .

---

(١) في الأصل : « حاملًا » وهو خطأ واضح .

(٢) هذا برهان منه على صحة مذهب الشافعي (رحمه الله) ، وذلك أن الله تعالى جعل عدة المتوفى عنها زوجها أن تتربص أربعة أشهر وعشرًا ، كما في قوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا ... ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤] . ولم يجعل الله تعالى هذه العدة بالحيض مع أنه من شأن النساء . ولما كان الرق مُنَصِّفًا ، كانت عدة الإماء نصف عدة النساء الحرائر ، وذلك شهران وخمسة أيام بلياليهن .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الأمة المتوفى عنها زوجها – ولم تكن حاملًا – عدتُها على النصف من عدة الحرة ، وذلك شهران وخمسة أيام . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (٣٩٩/٨) . الهداية (٣٠٨/٢) . =

فرع : لو طلق إحدى امرأتيه على الإبهام ، ومات قبل البيان ، فعلى كلٍّ واحدةٍ أربعةُ أشهرٍ وعَشْرٌ للاحتياط إن كانتا حائلتين غَيْرَ مدخولٍ بهما . وإن كانتا حاملتين فعليهما التربصُ إلى حين الوضع . وإن [كانتا حائلتين من ذوات الأشهر ، فعليهما أربعة أشهر وعشر ؛ إذ تنقضي الأشهرُ الثلاثُ أيضًا . وإن] [1] كانتا من ذوات الأقراء ، فعلى كل واحدة التربصُ بأقصى الأجلين ، ويكفي غَيْرَ المدخولِ بها تربُّصُ أربعةِ أشهرٍ وعشر .

* * *

= الاختيار (١٧٢/٣) . شرح العناية على الهداية (٣١٢/٤) . الدر المختار (٥١١/٣) . المقنع ص (٢٥٨) وشرحه المبدع (١١٣/٨) .

ومذهب المالكية : لم تتفق أقوال المالكية في هذه المسألة ، فبعضٌ ينص على أن المذهب في هذه المسألة كما هو الحال عند الجمهور ، وبعضٌ آخرُ يُفَصِّل ، فيكتفي بالشهرين والخمسة الأيام في الأمة غير المدخول بها ، أو إذا كانت صغيرة ، أو يائسة ، أو من ذوات الحيض وحاضت فيها ، فأما التي لا تحيض - وهي مدخول بها - فثلاثة أشهر ، وهو أحسنها . ولابن القاسم في « العتبية » : تحل بمضيّ الشهر وخمس ليال مطلقا . ويروى عن مالك (رحمه الله) أنها إن كانت غير مدخول بها : اكتفت ، وإلا فثلاثة أشهر ، ولا تحل بدون الحيض مطلقا . وهذا عندهم ضعيف . انظر : الموطأ (٦٠٠/٢) . الخرشي على مختصر خليل (١٤٥/٤) . الكافي ص (٢٩٤) القوانين ص (٢٤٣) . الشرح الصغير (٦٨٣/٢) . حاشية الدسوقي (٤٧٨/٢) .

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) وساقط من الأصل .

الفصل الثاني

في المفقود زوجُها

فإن وصل خَبَرُ موتهِ ببينةٍ ، فعدتُها من وقت الموت عندنا [١] . وقال عليّ (رضى الله عنه) : من وقت بلوغ الخبر . وإن اندرس خَبَرُه وأَثَرُه ، وغَلب على الظنونِ مَوْتُه ، فقولان :

أحدهما [٢] : أنها زوجته إلى أن تقوم البينةُ بموته . وهو القياس ؛ لأن النكاح ثابتٌ بيقينٍ ، فكيف يُقْطع بالشّكّ [٣] ؟ .

والثاني : أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتدُّ بعد ذلك عدةَ الوفاة . وقد قلَّد الشافعيُّ فيه [٤] عمرَ (رضي الله عنهما) في القديم [٥] ، ورجع عنه في الجديد . وقال : لو قضى به قاضٍ [٦] نقضتُ قضاءه [٦] ؛ إذْ بَانَ له أَنَّ تقليدَ الصحابة لا يجوز للمجتهد .

وقد طوَّل الأصحاب في التفريع عليه ، وقد ذكرناه في المذهب البسيط ؛ فلا معنى له مع صحة الرجوع عنه .

ثم على الجديد ، فلها طلب النفقة من مال الزوج أبدًا ؛ فإن تعذر كان لها طلب الفسخ بعذر النفقة على أصح القولين .

* * *

---

(١) و هو مذهب الأئمة الأربعة جميعًا . انظر : المبسوط (٣١/٦) . الكافي ص (٢٩٤) . الروضة (٤٢٤/٨) . المقنع ص (٢٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الجديد » .

(٣) انظر الأم (٢٣٩/٥) . الروضة (٤٠٠/٨)

(٤) كلمة : « فيه » ساقطة من (ب) .

(٥) روى مالك في الموطأ (٥٧٥/٢) بإسناده أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : « أيما امرأة فقدتْ زوجَها ، فلم تدر أين هو ؟ فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، ثم تَحِلُّ » . وهذا مذهب الإمام مالك أيضًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « نُقِضَ قَضَاؤه » . انظر الأم (٢٤٠/٥) . الروضة (٤٠١/٨) .

الفصل الثالث

في الإحداد

وذلك واجب في عدة الوفاة [و] [١] غير واجب في عدة الرجعية . وفي عدة البائنة قولان [٢] وفي المفسوخ نكاحُها طريقان . منهم من قطع بأنها لا تجب [٣] ، كالمعتدة من شبهة [٤] ، وكأمِّ الولدِ إذا مات عنها سيدُها . ووجهُ حداد[٥] المطلقة البائنة : القياسُ / ٢١٨/أ على عدة الوفاة . ووجهُ الفرق : أنها مَجْفُوَّة بالطلاق ، وإنما يليق الإحداد بالمتفجعة بالموت .

والأصلُ - في وجه الإحداد - قول رسول الله ﷺ : « لا يَحِلُّ لامْرأةٍ تُؤْمِنُ باللَّه واليومِ الآخرِ أن تُحِدَّ على مَيتٍ فوقَ ثلاثٍ ، إلا على زَوْجٍ أربعةَ أشهرٍ وعَشْرًا » [٦] فأفاد هذا جوازَ الحدادِ ثلاثةَ أيام على الجملة ، وتحريمَه بعد الثلاث [٧] وبعد العدة .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) القديم وجوبه ، والجديد أنه يستحب . انظر الروضة (٤٠٥/٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بأنها لا تُحِدُّ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كالمعتدة عن شبهة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ووجه إحداد المطلقة » .

(٦) صح هذا الحديث عن جماعة من الصحابة ، منهم عائشة وأم عطية ، وأم حبيبة ، وحفصة ، وزينب بنت جحش وغيرهن (رضي الله عنهم جميعا) . انظر : فتح البارى (١٧٤/٣) (٢٣) كتاب « الجنائز » (٣٠) باب « إحداد المرأة على غير زوجها » . حديث (١٢٧٩ - ١٢٨٢) . صحيح مسلم (١١٢٣/٢ - ١١٢٨) (١٨) كتاب « الطلاق »(٩) باب «وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام» حديث (١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٩٠، ١٤٩١).

ورواه أبو دواد (٧٢١/٢-٧٢٣)(٧) كتاب «الطلاق»(٤٣) باب «إحداد المتوفى عنها زوجها». حديث(٢٢٩٩) سنن الترمذي (٥٠٠/٣ وما بعدها) (١١) كتاب « الطلاق » (١٨) باب « ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها » . حديث (١١٩٥) ، (١١٩٦) ، (١١٩٧) . النسائي (٢٠١/٦ وما بعدها) باب « ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية » . سنن ابن ماجه (٦٧٤/١) (١٠) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « هل تُحِدّ المرأة على غير زوجها ؟ » . حديث (٢٠٨٥ ، ٢٠٨٦ ، ٢٠٨٧) .

(٧) في (ب) : « بعد الثلاثة » .

ومعناه [١] : تركُ الزينةِ ، والطيبِ [٢] - على قصد الحداد - وإلا فلا مَنْعَ عن ترك الزينة [٣] . فإن قيل : وما كيفية الحداد ؟ قلنا : معناه ترك التزين والتطيُّبِ . والحدادُ من : « الحدّ » وهو المنعُ . والتزيُّنُ إنما يكون بالتنظفِ والثيابِ والحُليِّ .

أما التنظُّفُ بالقَلْم [٤] ، والاستحداد ، والغُسْل ، وإزالة الوسخ : فلا يَحْرُم . وأمّا الثيابُ ، فالنَّظَرُ في جنسها ولونها . أما الجنس ، (٥ فَتَحِلُّ كلُّها سوى ٥) الإِبْرَيْسَم [٦] ، فيحلّ الخَزُّ والدَّبِيقي [٧] والكتانُ وغيرُه مما يَحِلُّ للرجال . (٨ وإنما الإبريسم ، فإنما أُحِلَّ لها ٨) لأَجْل التزيُّنِ للرجال . وقال العراقيون : الإبريسم - في حقها - كالقطن في حقّ الرجال ، وإنما عليها تركُ المصبوغات من الثياب . والأولُ أصحُّ .

وأما الحليُّ ، فيحرم ما هو من الذهب ؛ لأنها خاصيةُ النساء [٩] . والظاهرُ أنه [أيضًا] [١٠] يحرم التحلي باللآلىء المجردة ؛ لأنها للزينة . وأما [١١] التختمُ بخاتم - يَحِلُّ مثلُه للرجال - فلا يحرم .

وأما المصبوغُ للتزين ، كالأحمر والأصفر والأخضر ، فهو حرامٌ من القطن والكتان وغيره .

---

(١) أي معنى الحداد .

(٢) في (ب) : « والتَّطَيُّب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من ترك الزينة » .

(٤) أي تقليم الأظافر . انظر المصباح المنير (٧٩٣/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فَيَحِلُّ لها كُلُّ ما سوى ... » .

(٦) الإبريسم : هو الحرير . القاموس المحيط (١٣٩٥) .

(٧) الدَّبيقي : نسبة إلى « دَبِيق » وهي بلدة بمصر ، والثياب الديبقية هي ثياب رقيقة كانت تُتخذ بها . انظر لسان العرب (١٣٢٤/٢) . القاموس المحيط ص (١١٣٨) مادة (د ب ق) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإنما الإبريسم هو الذي أُحلّ لها » .

(٩) في (ب) : « لأنها خاصة النساء » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « وإنما » .

وإنما [1] الأسودُ والأَكْهَب الكَدِرُ [2] ، وما لا يُتَزَيَّن به ، فهو جائز . ولا فرقَ بين أن يُصْبغ [3]بعد النسج أو قبله [3] ، وخصص أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) التحريم بالمصبوغ بعد النسج[4] . أما الثوبُ الخشن - إذا صُبغَ على خلاف العادة صبغ الزينة - حكى صاحب « التقريب » فيه قولين ، ووجهُ المنع : أنه من البُعْدِ تظهر به الزينة .

وأما الزينةُ في أثاث البيت والفرش ، فلا تحرم ؛ وإنما الحداد في بدنها . وأمّا الطيب [5] ، فيحرم عليها ما يحرم على المحْرِم . ويَحْرُمُ عليها أن تدهن رأسها ولحيتها - إن كانت لها لحية - كالمحْرِم . ولا يَحْرُمْ عليها أن تدهن بدنها إن لم يكن فيه طيب ، وإنما يمنع في الشعر .

وأما تصفيفُ الشعرِ وتجعيدُه بغير دهن [6] ، ففيه ترددٌ . وأما الاكتحال ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا بأس بالإثمد [7] » فاتفقوا على أنه أراد به العربيات ؛ فإنهن إلى السَّواد أميلُ ؛ فلا يزينهن الإثمد . أما البيضاء[8] فلا يجوز ذلك لها [8] إلا لعلة الرمد ، وعليها أن تكتحل ليلًا وتمسح نهارًا ، هكذا أمر رسولُ الله ﷺ أمَّ سلمة (رضي الله عنها) [9] إلا أن تحتاج إلى ذلك نهارًا أيضًا فيجوز ، وعليها ملازمةُ المسكن إلا لحاجة .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « وأما » .

(2) الأكهب الكدر : هو المائل إلى الغبرة ، المُشْرَب سوادًا . انظر : القاموس المحيط ص (١٧٠) . روضة الطالبين (٤٠٦/٨) .

(3) في (ب) : « بعد النسيج أو قبله » .

(4) في (ب) : « بعد النسيج » .

(5) في (ب) : « وأما التَّطَيُّب » .

(6) في (ب) : « بغير الدهن » .

(7) الإثمد : هو الكحل نفسُه ، أو حَجَرٌ يتخذ منه الكحل . انظر اللسان (٥٠٣/١) مادة (ث م د) . وقول الشافعي (رحمه الله) : « لا بأس بالإثمد » لم أجده هكذا مطلقا ، بل فيه تفصيل . قال (رحمه الله) : « وكل كحل - كان زينة - فلا خير فيه لها ، مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه في عينها . فأما الكحل الفارسي - وما أشبهه - فلا بأس ؛ لأنه ليس فيه زينة ، بل هو يزيد العين مرها وقبحا » . انظر الأم (٣٢١/٥) .

(8) في (أ) ، (ب) : « فلا يجوز لها ذلك » .

(9) الحديث رواه أبو داود (٧٢٧/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٤٦) باب « فيما تجتنبه المعتدة في عدتها » حديث (٢٣٠٥) وفيه عن أم سلمة (رضي الله عنها قالت : دخل عليَّ رسولُ الله ﷺ حين تُوفيَّ أبو سلمة ، وقد جعلتُ =

ولو تركت جميعَ ذلك ، عَصَتْ رَبَّها وانقضتْ عدتُها .

* * *

= على عينيَّ صَبِرًا ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت : إنما هو صَبِرٌ يا رسول الله فيه طيب ، قال : إنه يَشُبُّ الوجه فلا تجعليه إلا بالليل ، وتَنْزِعِينَه بالنهار ... » الحديث . والصبر : عصارةُ شجرٍ مُرٍّ كما في القاموس ص (٥٤١) .

ورواه النسائي (٢٠٤/٦) . ورواه مالك في موطئه بلاغًا (٦٠٠/٢) . وفي إسناد الحديث أم حكيم بنت أسيد لا يُعرف حالها كما قال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب (٦٢١/٢) . وقال ابن قيم الجوزية (رحمه الله) في هذا الحديث : « ذكر أبو عمر في « التمهيد » له طرقا يشد بعضها بعضًا ، ويكفي احتجاجُ مالكٍ به ، و أدخله أهلُ السنن في كتبهم ، واحتج به الأئمة ، وأقل درجاته أن يكون حسنًا » . زاد المعاد (٧٠٣/٥) .

الباب الثاني

في السُّكْنى

(وفيه أربعة فصول)

الفصل الأول

فِيمَنْ تَسْتَحِقُّ السُّكْنَىٰ

وتستحقّ المطلقة المعتدة ، بائنةً كانت أو رجعيةً ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ [1] . ولا تستحق المعتدةُ عن وطء الشبهة ، ونكاحٍ فاسدٍ ، ولا المستولدةُ إذا عَتقت ؛ لأن الآية وردت في النكاح . نعم هل تجب في عدة الوفاة ؟ قولان [2] . وفى عدةٍ بعد انفساخ [3] النكاح طريقان . منهم من قال : قولان ، ومنهم من قطع بأنها لا تستحق إن كان الفسخ منها بِعَيْبه ، أو عِتْقها ، أو كان منه ولكن بعَيْبها ، أو ما يكون بسببٍ منها . أما ما ينفرد به الزوجُ - كرِدَّته وإسلامه - ففيه قولان [4] . ومأخذُ التردد : أن الآية وردت في فراق الطلاق ، وهذا تردد في أن فراق الموت والفسخ ، هل هو في معناه [5] ؛ لأن إيجاب السُّكْنى بعد البينونة كالخارج عن القياس .

وأما الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، ففي سُكْناها من الخلاف ما في نفقتها فى صلب النكاح [6] ، وكذلك الأمة إذا طلقت ، فإن قلنا : الزوجُ يستحق تعيينَ المسكن في صلب النكاح [7] ، فعليها ملازمةُ المسكن بعد النكاح . وإن قلنا : إن السيد يبوئها [8]

---

(١) الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٢) وفي الروضة (٤٠٨/٨) أنها تجب على الأظهر .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وفي عدة انفساخ » .

(٤) في (ب) : « فيه قولان » .

(٥) في (ب) : « هل في معناه » .

(٦) لا نفقة لها على الأظهر . الروضة (٦١/٩) .

(٧) في (ب) : « في النكاح » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يبوئهما » .

بيتًا - وطُلِّقت في ذلك البيت - [1] فالظاهر : أنها لا يلزمها [1] ملازمةُ المسكن ؛ لأن العدة تلتفت على النكاح . وقيل : إنه يجب ذلك .

ثم إذا أوجبنا ملازمة المسكن ، ففى ووجوبِ لزوم السكنى على الزوج [خلاف] [2] يلتفت على النفقة في صلب النكاح ، فحيث كان يجب النفقة ، تجبُ السُّكنى بعد الطلاق .

أما الناشزة إذا طُلقت فى دوام النشوز ، قال القاضى : لا سكنى لها ؛ إذ [3] لم يكن لها نفقة » وهذا فيه نظر / لأنها إن طلقها [4] في مسكن النكاح ، فيجب عليها شرعًا [5] لزومُ المسكن ، فإن أطاعت في ذلك فَبِالْحَرِيِّ أنْ تستحق السكنى . ٢١٨/ب

* * *

(١) في (أ) : « فالظاهر أنه لا يلزمها » . وفي (ب) : « فالظاهر لا يلزمها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) : .

(٣) في الأصل : « إذا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأنها إن طلقت » .

(٥) كلمة « شرعًا » ليست في (أ) ، (ب) .

الفصل الثاني

في أحوال المعتدة وهل يُبَاح لها مفارقةُ المسكن ؟ [١]

فنقول : يجب عليها لزومُ المسكن حقًّا لله تعالى ؛ فلا يسقط برضا الزوج [٢] ، وإنما يُبَاح الخروجُ بعذرٍ ظاهر . والأعذارُ على ثلاث مراتب :

الأولى : ما يرجع إلى طلب الزيادة ، كزيارةٍ وعمارةٍ واستنماءِ مالٍ ، وتعجيلِ حجِّ الإسلام ، ولا يجوز الخروجُ لمثلِ ذلك .

الثانية : ما ينتهي إلى حدّ الضرورة ، كوجوب الهجرة [٣] ، والتمكين من إقامة الحدّ ، أو خافت على زوجها أو مالها ؛ لأن الموضع غير حصين ، أو كانت تتأذّى بأحمائها ، أو تُؤْذيهن ، وكلُّ ذلك تسليطٌ [٤] على الانتقال ؛ لأن هذه المهمات أقوى في الشرع من لزوم المسكن في العدة .

الثالثة : ما ينتهي إلى حدّ الحاجة ، كالخروج للطعام والشراب ، أو تداركِ مالٍ أُخبرتْ بأنه أشْرف على الضياع ، فذلك أيضًا رخصةٌ في الخروج في حق من لا كافل لها ونحو ذلك [٥] وإن كان [هذا] [٦] العذرُ نادرًا ، وكذلك حكم ملازمة المنزل في السفر إذا كانوا [٧] ينتجعون ويسافرون اعتيادًا ، فلها المسافرةُ معهم . ومهما خرجتْ لحاجةٍ ، فينبغي أن تخرج بالنهار ؛ لأن الليل مَظِنَّةُ الآفات .

(١) في (أ) : « الفصل الثاني : في أحوال المعتدة التي يُباح لها مفارقة المسكن » .

(٢) في (ب) : « برضاء الزوج » .

(٣) وذلك إذا لزمتها العدة ، وهي في دار حرب ، فيلزمها أن تهاجر إلى دار الإسلام ، إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها ولا على دينها ، فلا تخرج حتى تعتد . الروضة (٨/٤١٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يسلط » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ويجوز ذلك » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في الأصل : « إذا كان » وهو صحيح أيضًا ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفصل الثالث

فيما يجب على الزوج

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كانت الدار مملوكة [للزوج] [1] لم يَجُزْ له إزعاجُها [2] ، ولا يجوز له مُدَاخلتُها ؛ لتحريم الخلْوَة إلا في موضعين :

(أحدهما) : أن تكون هي في حجرة مفردة بالمرافق وعليها بابٌ . فإن لم يكن عليها باب ، أو كان [3] مرافقها واحدًا ، كالمطبخ والمُسْتَرَاح في الدار ، لم تَجُزِ المداخلةُ ؛ لأن التَّوارُدَ على المرافق يُفضي إلى الخلوة ، وكذلك تحرم المداخلةُ وإن كانت الدار فَيْحَاء مهما لم تنفصل المرافقُ ولم يحجب الباب [4] .

(الثاني) : أن يكون معها في الدار مَحْرَمٌ لها فلا خلوةَ ، وكذلك إن كان مع الرجل زوجةٌ أخرى ، أو جارية [5] ، أو مَحْرَم له . ولوكان معها أجنبيةٌ ، أو معتدة أخرى ، فهل يَمْنع ذلك الخلوةَ ؟ فيه تردد ، مأخذه : أن النسوة المنفردات هل لهنَّ السفرُ عند الأمن بغير مَحْرَم [6] ؟ . ولو استخلى رجلان بامرأةٍ فهو مُحَرَّمٌ ، وليس ذلك كاستخلاء رجلٍ بامرأتين [7] ، والوجه أن يقال : إن كان ممن يحتشم ، أو يَخاف من جانبه حكايةَ ما يجري من فجور - إن كان - فهو مانعٌ للخلوة وإلا فلا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة مهمة .

(٢) أي لم يَجُزْ له إخراجُها وطردُها . يقال : أزعجه عن موضعه ، أي : أزاله عنه . انظر المصباح المنير (٣٨٦/١) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو كانت » .

(٤) كلمة : « الباب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « وجارية » .

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/٣) . الأم (٢٢٩/٥) .

(٧) لأنه يقال : إن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل .

فرع : لو أراد الزوجُ بَيْعَ الدار - وعدتُها بالحمل أو الأقراء - لم ينعقد ؛ لأن المنفعة مُسْتحقة لها ، وآخرُ المدة غيرُ معلوم ولو كانت من ذوات الأشهر فهو كبيع الدار المستأجرة ، إلا إذا كان يتوقع طرآن الحيض في الأشهر ، ففيه طريقان : منهم من لم [١] يلتفت إلى ذلك ؛ بناءً على الحال ، ومنهم مَنْ مَنَعَ البيعَ ؛ لتوقُّعِ ذلك .

فإن صححنا ، وطرأ الحيض ، كان كما لو اختلطت الثمارُ بالمبيع ، وقد ذكرناه في « البيع » .

المسألة الثانية : إذ كانت الدار مُسْتعارةً ، فعليها الملازمةُ إلى أن يرجع المُعِير . فإن رجع ، فَعَلَى الزوجِ أن يُسِلّم إليها دارًا يليق بها ، ويبذل الأجرةَ إن لم يجد بعارية ، وكذلك إذا انتهت مدةُ الإجارة . فإن مست الحاجةُ إلى الأجرة - وأفلس الزوج - ضاربت الغرماء بأجرة [٢] ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، وإن كانت من ذوات الأقراء - وعادتُها مختلفةٌ - ضاربت بالأقلِّ . وإن كانت مستقيمةً فمقدارُ العادة على الأصح . وفيه وجه [٣] : أنها بالأقل . وهو ضعيف ؛ لأن حِصَّتها لا تُسَلّم إليها [٤] ، وما يخصُّ الغرماءَ يُسَلَّم إليهم ؛ فالاحتياطُ لجانبها أَوْلَى ، وكذلك الحاملُ تُضارب لتمامِ تسعةِ أشهرٍ ؛ فإن الزيادة على ذلك نادر ، لا يعتبر هذا إذا كان الزوج حاضرًا ، فإن كان غائبًا استقرض القاضي عليه . فإن استأجرت من مالها - بغير إذن القاضي - ففى رجوعها على الزوج خلافٌ . ولا خلاف في أنها لو كانت في دار مملوكة ، فلا تُبَاع لحقّ الغرماء ؛ لأنها كالمرهونة فلا تُخْرَج منها بحالٍ .

المسألة الثالثة : إذا أسكنها في النكاح مسكنا ضيقا لا يليق بها ورضيت ، وطلقها ، فلها أَنْ لا ترضى في العدة ، وتطلب مسكنًا لائقا بها ، وكذلك لو أسكنها دارًا فيحاء ، فله أن يَنْقُلَها

---

(١) كلمة « لم » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « بالأجرة » .

(٣) كلمة (وجه) ساقطة من (ب) .

(٤) في الأصل : « لا نسلمها إليها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بعد الطلاق إلى موضعٍ لائق بها ، لكن قال القاضي : ينبغي أن يَطلب لها أقربَ مسكنٍ يمكن إلى مسكن النكاح حتى لا يطول / ترددها في الخروج . وما ذكره لا يَبْعُد أن يُسْتحب . ولا شك في ٢١٩/أ أنه [١] لا يُخْرِجها عن البلدة .

المسألة الرابعة : إن ألزمنا السكنى في عدة الوفاة ، فهي من التركة ، فإن لم يكن وتبرع به الوارثُ وأراد إسكانَها ، كان لها ذلك . وإن قلنا : لا تستحق ، فلو رضي الوارثُ بملازمةِ مسكن النكاح ، فالظاهرُ : أنه يجب عليها ذلك مطلقًا ، وقيل : إن كانت مشغولةَ الرحمِ ، أو متوهّمة الشغل ، فله ذلك مطلقا [٢] ؛ لأجل صِيانة الماء . وإن لم تكن ممسوسةً فلا يلزمها ذلك ، بل يجب عليها [٣] ملازمةُ أيِّ مسكنٍ شاءت . ثم هذا التعيينُ للوارث ، وليس للسلطان ذلك .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا شك أنه » .

(٢) كلمة (مطلقًا) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بل عليها » .

الفصل الرابع
في بيان مسكن النكاح

وفيه مسائل :

الأولى : إذا أَذن لها في الانتقال إلى دار أخرى ، ثم طلقها قبل الانتقال ، لازمت المسكنَ الأول . وإن طلق بعد الانتقال لازمت المسكنَ الثاني . والعبرةُ في الانتقال بدنُها [١] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : العبرةُ بنقل الأمتعة .

وإن صادفها الطلاقُ في الطريق ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : ترجيح الأول ؛ استصحابًا [٢] .

والثاني : ترجيح الثاني ؛ لأنها انتقلت عن الأول [٣] .

والثالث : أنها تتخيَّر بينهما ؛ للتعارض ، وكذا الكلام فيما إذا أذن لها في الانتقال إلى بلدة أخرى ، ففي جواز الانصراف خلافٌ .

الثانية : لو خرجت إلى سفر بإذنه ، فطلقها بعد مفارقة عمارة البلد ، فليس عليها الانصراف [٤] ؛ لأن إبطال أُهْبة سفرها إضرارٌ . فإن فارقت المنزل دون البلد فوجهان :

أحدهما : يجب الانصراف ؛ لأنها بعد لم تنقطع عن الوطن [٥] .

والثاني : لا ؛ [٦ لأن ذلك إضرار بإبطال الأُهْبة ٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بيدنها » .

(٢) أي ترجيح العودة إلى المسكن الأول .

(٣) في الأصل : « لأنها انتقلت إلى المسكن الأول » وهو خطأ ، والصواب مافي (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٤) يعني ليس عليها الانصراف إلى المسكن الأول .

(٥) وهذا الوجه هو الراجح عند جمهور الشافعية ، أنه يلزمها العود إلى المسكن ؛ لأنها لم تشرع في السفر . انظر الروضة (٤١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك إبطال الأهبة » .

ولا خلاف في أن لها الانصرافَ .

ثم إذا مَضَتْ لوجهها ، فلها التوقفُ إلى إنجاز حاجتها (١) ، وعليها الرجوعُ لملازمة المسكن بقيةَ مدة العدة إن كان يتوقع البلوغ . وإن (٢) لم تتوقع - ولكن بقي من العدة مدةٌ تنقضي في الطريق - ففي وجوب الانصراف خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يجب ولا فائدة فيه (٣) ، ولا يكلِّفها التقدمَ على الرّفْقة ؛ لأجل ذلك . وإن انقضت حاجتُها قبل ثلاثة أيام ، جاز لها استكمالُ الثلاثِ ؛ لأنها مدة مُكْثِ المسافر شرعًا (٤) .

الثالثة : ما ذكرناه في سفرِ تجارةٍ أو مُهِمّ . فإن كان سفرَ نزهةٍ ، أو مالا مُهِمَّ فيه - وقد أذن لها عشرةَ أيامٍ مثلا - فطلقها في أثناء المدة ، (٥ففي جواز استيفاء المدة قولان ٥) ويجري القولان (٦) في وجوب الانصراف إن طلقها في الطريق ، وهكذا (٧) في المدة الزائدة على حاجة التجارة في سفر التجارة ؛ لأنه ليس فيه مُهِمّ ، ولكن انضم الإذن في أهبة (٨) السفر فاحتمل أن يقال : في المنع إضرار .

ولو أذن لها في الاعتكاف عشرةَ أيام - فطلقها قبل المدة - فإن قلنا : لو خرجت بمثل هذا العذر جاز البناءُ على الاعتكاف المنذور (٩) ، فعليها الخروجُ وإن كان الاعتكافُ منذورًا ؛ لأنه لا ضررَ ، وإنما هو مجردُ إذنٍ ، فهو كما لو أذن لها في المقام في دار أخرى عشرة أيام ، فطلاقُها يُبْطِل ذلك الإذنَ . وإن قلنا : إن الاعتكاف يَبْطل ، فيكون فيه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى نجَاز حاجتها » .

(٢) في (ب) : « فإن لم تتوقع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذ لا فائدة فيه » .

(٤) وخالفه في الروضة فرجح أنها لا تمكث بعد انقضاء حاجتها على الأصح . الروضة (٨/٤١١) .

(٥) في (ب) : « ففى جواز الاستيفاء قولان » . وأظهر هذين القولين أن لها استيفاء المدة . الروضة (٨/٤١١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وكذا القولان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٨) في (أ) . (ب) : « إلى أُهبة » .

(٩) يعني إذا نذرت اعتكافًا مدةً ما ، فطلقها زوجها في أثناء وَفَائها بهذا النذر ، فعليها الخروج إن قلنا : تكمل الأيام المنذورة بعد ذلك وتبني على ما مضى .

ضرارٌ كما في أُهبة السفر [١] .

ولا خلاف في أنها لو خرجت مع الزوج ، فطلقها في الطريق ، لزمها الانصراف ؛ لأنها خرجتْ بِأُهبة الزوج ، فلا تَبْطل عليها أهبتها . والخروجُ لغرض التجارة غيرُ جائزٍ ؛ لأنه طلبُ زيادةٍ ، وإنما جاز [ذلك] [٢] في الدوام للضرار في فوات الأُهبة .

الرابعة : إذا أذن لها في الإحرام ، وطلَّقها قبل الإحرام ، لم تُحْرِمْ . وإن كان بعد الإحرام - وكان بعمرة يمكن تأخيرها - ففي وجوب التأخير وجهان ، ولعل الأصحَّ جوازُ الخروج ؛ لأن في مُصَابرة الإحرام ضرارًا [٣] .

الخامسة : منزل البدوية كمسكن البلدية [٤] ، لكن إن رحلوا [٥] بجملتهم فلها الرحيلُ . وإن رحل غَيْرُ أهلها ، فعليها المقام . فإن رحل أهلُها - وهي آمنةٌ في المقام - ففيه وجهان [٦] ، وهو راجع إلى أن ضرر مفارقة الأهل ، هل يُعْتبر ؟ .

ولو كانوا يرجعون على قُرْبٍ فعليها المقامُ ؛ إذ لا ضرر . ولو ارتحلت معهم ، فأرادت المقام بقرية في الطريق : جاز ؛ فإن ذلك أحسنُ من السفر ، بخلاف المأذونة في السفر ؛ فإن رجوعَها إلى الوطن أولى من الإقامة في قرية .

السادسة : إذا صادفها الطلاقُ في دار أخرى / أوبلدة أخرى ، فقال : ارجعي، ٢١٩/ب فقالت : طُلِّقْتُ بعد الإذن في النُّقْلة [٧] ، فأنكر الزوجُ الإذنَ ، نُقِلَ عن الشافعي (رضي الله عنه) أن القولَ قولُه . وهو القياس ، ولكن نُقِلَ أنه إن كان النزاع مع الورثة ،

---

(١) أي فلا تخرج - إن قلنا : يبطل الاعتكاف بالخروج - إلا بعد إكمال مدة الاعتكاف المنذورة .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وقطع بذلك الأكثرون من الشافعية كما في الروضة (٤١٣/٨) .

(٤) يعني أن منزل « البدوية » - وبيتُها من الصوف والوبر والشعر - مثلُ منزل الحضرية (البلدية) - وبيتُها من الطين والأحجار وغيرها - .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ارتحلوا » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أنها تتخير بين المقام والرحيل . انظر الروضة (٤١٣/٨) .

(٧) أي : الانتقال .

فالقولُ قولُها ، وإلى الفرق ذهب أبو حنيفة (رحمه الله) وابنُ سريج ، وكأن كونها في غير مسكن النكاح [١] يشهد لها على الورثة لا على الزوج . ومن أصحابنا من جعل المسألتين على قول [٢] ، ومنهم من جعلها على حالين ، فنقول [٣] : إنما جُعِل القولُ قولَه إذا كان النزاع في أصل اللفظ ، وإن كان في معنى اللفظ - بأن قالت : أردتَ بالإذن النُّقْلة ، وقال : بل النزهةَ - فالظاهر : تصديقهُا ؛ فيقبل قولُها [٤] .

* * *

(١) في (ب) : « الزوج » .

(٢) في (ب) : « على قولين » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٤) والمذهب تصديق الزوج إذا اختلف الزوجان ، وتصديقُها إذا اختلفت هي ووارثُ الزوج . انظر الروضة (٨/ ٤١٤) .

القسم الثالث من الكتاب

في الاستبراء بسبب ملك اليمين (١)

(وفيه ثلاثةُ فصول)

الفصل الأول

في قدر الاستبراء ، وشرطه ، وحُكْمه

أما قدرُه : فهو قَرءٌ واحد ؛ لأنه نادى منادي رسولِ الله ﷺ بعد سَبْيِ أوطاس (٢) « ألا لا تُوطَأ حاملٌ حتى تَضَعَ ، ولا حَائلٌ حَتَّى تحيضَ » (٣) .

وللمستبرأة ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تكون من ذوات الأقراء ، واستبراؤها بقرء واحد وهو الحيض ؛ لقوله (عليه السلام) : « حَتَّى تَحِيضَ » ؛ ولأنه إذا لم يُعْتبر إلا قَرءٌ واحد ، فَلْيُعتبر الحيضُ ؛ فإنه دليلٌ على البراءة ، هذا هو الجديد (٤) ..

---

(١) الاستبراء : عبارة عن التربص الواجب بسبب ملك اليمين ، حدوثًا أو زوالًا . وقد خُصَّ بهذا الاسم ؛ لأن هذا التربص مُقَدّر بأقل ما يدلّ على البراءة من غير تكرُّر . وخُصّ التربص الواجب بسبب النكاح باسم « العدة » اشتقاقا من « العَدَد » ؛ لِمَا فيه من التعدد . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢٣/١/٣ وما بعدها) .

(٢) أوطاس : وادٍ في بلاد « هوازن » وبه كانت غزوة النبي ﷺ هوازن ، يوم حنين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٩/١/٣) .

(٣) حديث حسن : رواه أبو داود (٦١٥/٢) (١٢) كتاب « النكاح » (٤٤) باب « في وطء السبايا » حديث (٢١٤٨) . ورواه أحمد في مسنده (٦٢/٣) والحاكم في المستدرك (١٩٥/٢) ثلاثتهم من طرق عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) مرفوعًا ، وله شاهد من حديث رويفع بن ثابت الأنصارى مرفوعًا بلفظ : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يُسْقي ماءه زَرْعَ غيرِه ، ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ... » ورواه أيضًا الترمذي مختصرًا (٤٣٧/٣) حديث (١١٣١) وحسنه . والحديث حَسّنه أيضًا الحافظ ابن حجر كما في التلخيص الحبير (١٨٢/١) .

(٤) انظر القول الجديد في مختصر المزنى ص (٢٢٦) ، وانظر الروضة (٤٢٥/٨) .

وفيه وجه آخر [١] : أنه الطهر ؛ قياسا على العدة ؛ لأن التعبُّدَ غالبٌ عليه ، ولذلك يجب مع يقين البراءة إذا استبرأها من امرأةٍ أو صَبيّ [٢] .

التفريع : إذا قضينا بأنه حيض ، فلا بُدَّ من حيض كامل ؛ فلا يكفي بقية حيض . وإن قلنا : إنه طهر ، فهل يكفي بقيةُ الطهر ؟ فيه خلاف ؛ لأن العدة تشتمل على عَدَد ، فجاز أن يُعَبَّر عن شيئين وبعضِ الثالث بثلاثة ، ولأنه يجري [٣] فيه الحيضُ مراتٍ ، ولو صادف الملكُ آخرَ الحيض ، فانقضى طهرٌ كامل بعده ، كَفَى على هذا القول . وقيل : إنه لا بد من حيض كامل بعده ؛ لتحصل دلالةٌ على البراءة في ملكه [٤] ، وهذا رجوع [٥] إلى القول الأول ، وشهادةُ تضعيفِ هذا القول [٦] .

الحالة الثانية : أن تكون من ذوات الأشهر ، وفيه قولان :

أحدهما : أنه يَكفي شهرٌ واحد [٧] .

والثاني : أنه لا أقلَّ من ثلاثة أشهر ؛ لأنه أقلُّ مدةٍ ضُرِبت شرعًا للدلالة على البراءة ، والأمورُ الطبيعيةُ لا تختلف بالرقّ .

وأبو حنيفة (رحمه الله) يُوجب على المستولدة - إذا عَتَقت - ثلاثةَ أقراء ، أو ثلاثة أشهر ؛ نظرًا إلى حريتها في الحال ، ونحن نكتفي بقرء واحد ؛ نظرًا إلى جهة الملك [٨] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه قول آخر » .

(٢) أي يجب الاستبراء مع التَّيقُّن بأن الرحم غيرُ مشغولٍ بحمل ، وذلك إذا كانت الأمة مملوكة لامرأة ، أو لصبي لا يتأتى منه الوطءُ أصلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يجري » بدون الواو .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الملك » .

(٥) في الأصل : « وهذا الرجوع » و المثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وشهادةٌ تضعفُ هذا القولَ » .

(٧) وهذا أظهر القولين عند جمهور الشافعية كما في الروضة (٤٢٦/٨) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن أم الولد إذا عتقت ، تتربص شهرًا واحدًا إن كانت من ذوات الأشهر . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢١٨/٥) . المنهاج ص (١١٧) . المقنع ص (٢٦٣) . المبدع شرح المقنع (١٥٧/٨) . =

الحالة الثالثة : أن تكون حاملًا ، فعدتُها بوضْع الحمل وإن كان من الزنا ؛ لإطلاقِ رسولِ الله ﷺ قولَه : « حتى تضع » . ومنهم من قال : لا تنقضي بالزنا كما في العدة [١] وقيل : هذا يلتفت على أن المعتبر حيضٌ ، أم طهر ؟ فإن اعتبرنا الحيضَ - من حيث إنه دليلُ البراءة - فكذلك حملُ الزنا دليلُ البراءة وإلا فلا .

أما حكمه : فهو تحريمٌ لوجوه الاستمتاع قبل تمامه [٢] إلا في المَسْبِيَّة ، ولأنه [٣] لا يحرم فيها إلا الوطء ؛ لأن المانع في الشراء تَوَقُّعُ ولدٍ من البائع يمنع صحة الشراء ، وولدُ الحربيِّ لا يَمْنع جريانَ الرقّ ، وإنما استبراؤها ؛ لصيانة ماء المالك عن الامتزاج بالحمل ، فيقتصر التحريم على الوطء . ومنهم من سَوَّى ، وحرم استمتاعَ المسبية - أيضًا - تَبَعًا .

أما شَرْطُه : فإنه يقع بعد القَبْض [٤] ، ولزومُ الملكِ في مَظِنّة الاستحلال ، فلو جرت حيضةٌ قبل قَبْضِ الجارية المشتراة ، ففيه خلافٌ ؛ لِضَعْف الملك . والظاهرُ : أنه يُجْزِىء ؛ للزوم الملك . نعم ، لم يُعْتَدَّ [٥] بها في الموهوبة قبل القبض ، وفي المُوصَى بها قبل القبول ، فلا أثر للقبض في الوصية . وفي مدة الخيار لا يجزىء إذا قلنا : الملكُ للبائع . وإن قلنا : للمشتري ، فهو كما قبل القبض ؛ لضعفه [٦] .

ولو كانت مجوسيةً أو مرتدة [٧] فأسلمت بعد انقضاء الحيض [٧] ، فقد انقضى في الملك [٨] ولكن لا في مَظِنَّة الاستحلال ، ففيه وجهان [٩] .

= **ومذهب الحنفية :** أنها تتربص ثلاثة أشهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : المبسوط (٥٤/٦) . الهداية (٣٠٩/٢) فتح القدير (٣٢١/٤) . القوانين (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠٦/٢) .

(١) يعني أن الحرة إذا حملت من الزنا وطلقت ، فلا تنتهي عدتها بالوضع ، بل بالأقراء أو الأشهر حسب حالتها .

(٢) أي قبل تمام انقضاء الحيض .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإنها » .

(٤) أي شرط الاستبراء أن يكون واقعا بعد قبض الجارية .

(٥) في (أ) : « نعم ، لا يعتد » .

(٦) والأصح أنه لا يحصل الاستبراء . انظر الروضة (٤٣٢/٨) .

(٧) في (ب) : « فأسلمت بعد الحيض » .

(٨) أي انقضى الاستبراء .

(٩) وأصح الوجهين أنه يجب الاستبراء بعد الإسلام ، ولا يعتد بما جرى قبله . انظر الروضة (٤٢٣/٨) .

ومن خاصّية الاستبراء ، أنه ليس من شرطه الامتناعُ عن الوطء ، بل لو وطئها انقضى الاستبراءُ وعَصَى بالوطء . فإن أحبلها [1] وهي حائض ، حلّت في الحال ؛ إذ ما مَضَى كان حيضًا كاملًا وانقطع بالحيض [2] ، فإن كانت طاهرًا [3] لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل [4] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو أحبلها » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « وانقطع بالحمل » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « طاهرة » .
(٤) قال الحموي : « قوله في الاستبراء : (إنه ليس من شرطه الامتناع عن الوطء ، بل لو وطيء انقضى الاستبراءُ وعصى بالوطء ، فلو أحبلها وهي حائضٌ حلَّت في الحال ؛ إذ ما مضى كان حيضًا كاملًا فانقطع بالحمل ، وإن كانت طاهرًا لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل) .

قلت : حاصل ما ذكره أنه إذا وطيء انقضى الاستبراءُ مع العصيان ، ثم إنه جعل وطءَ الحائض مُوجِبًا للحِلِّ فينقضي به الاستبرء ، ثم إنه قال : (وإن كانت طاهرًا لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره أولًا ؛ فإنه لا فَرْقَ فيه بين الحيض والطهر كما لا يخفى . فإنه قال : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء) فجعل مجردَ الوطء موجبًا لانقضاء الاستبراء ، ففُهِمَ من هذه أنه لا ينقضي الاستبراءُ في حق الطاهر إلا بوضع الحمل ، وهذا كلام غير منتظم لما قررناه .

فإن قيل : فقد ذكر الشيخ في الوجيز ما يناقض هذا ، فإنه قال فيه : (لو وطئها لم ينقض الاستبراءُ وعصى إلا إذا وطيء الحائضَ فأحبلها ، فإنه ينقضي الاستبراءُ بمجرد الوطء بدون وضع الحمل ، بخلاف ما إذا كانت طاهرًا ... إلى آخره) وهذا يخالف ما ذكره في الوسيط ، فإنه قال فيه أولًا : (انقضى الاستبراء) وفي الوجيز قال : (لا ينقضي الاستبراء) ، وهذا كلامٌ ظاهرُ التناقض كما لا يخفى !!

قلت : ذكر الشيخ في البسيط أن العدة تنقضي ، وقال : ليس من شرطه صحةُ امتناعه عن الوطء ، ولو وطيء الحرُّ عصى ولكن تنقضي للاستبراء ، فعلى هذا يحمل قوله : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء وعصى) أي ينقضي الاستبراءُ على وجهه كما ذكره في البسيط ، وبه اندفع الإشكال ، ثم قال في البسيط : (لو أحبلها وكانت في حال الحيض حلَّت ؛ إذ ما مضى حيضٌ كامل ، وإن انقطع بالحمل وكانت طاهرا انقضى بوضع الحمل) فعلى هذا لا تناقض بين الكتب الثلاث » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب - ١٦٤ / ب) .

الفصل الثاني
في سبب الاستبراء

وهوجَلْبُ ملكٍ ، أو زوالُه .

الأول : الجلب . فمن تجدَّد له ملكٌ على الجارية - هي محلُّ استحلالِه - توقَّف حِلُّها على الاستبراء بعد لزوم ملكه [١] بقرء ، سواء كان الملك عن / هبةٍ أو بَيْع [٢] ، أو ٢٢٠/أ وصيةٍ أو إرث ، أو فسخٍ أو إقالة . وسواءٌ كانت صغيرةً أو كبيرةً ، أو حاملًا أو حائلا . وسواء كان المالك [مِمَّنْ] [٣] يُتَصَوَّرُ منه شُغْل[٤] أو لا يُتَصَوَّر ، كامرأةٍ أو مجبوبٍ أو صَبِي [٥] . وسواء كانت قد استبرأتْ قبل البيع أو لم تكن [٦] . وقال داود : لا يجب استبراءُ البكر [٧] . وقال مالك (رحمه الله) : الصغيرةُ التي لا تُوطأ ، لا تستبرأ [٨] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب إذا عادت بخيار رؤية ، أو رَدٌّ بعيبٍ ، أو رجوعٍ في هبة ، أو إقالة قبل القبض . وأوجب في الإقالة بعد القبض .

وأَلحق أصحابُنا - بزوال الملك - المكاتبةَ إذا عجزت وعادت إلى الحِلّ ؛ لأنها صائرة [٩] إلى حالة تستحق المهر على السيد ، ولذلك تحلّ أختُ المكاتبة .

ولاخلاف في أن التحريم بالصوم والرهن لا يؤثر [١٠] . أما زوالُ إحرامها [١١]

---

(١) في الأصل : « بعد لزوم ملكٍ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن بيع أو هبة » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) أي اشتغال الرحم بالحمل بسبب الوطء .

(٥) من قوله : « كان المالك ... » إلى قوله « ... أو صبي » ساقط من (ب) .

(٦) انظر الوجيز (١٠٣/٢) . الروضة (٤٢٧/٨) .

(٧) انظر المحلى لابن حزم (٣١٥/١٠) .

(٨) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٣٠٠) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « صارت » .

(١٠) أي تحل بانتهاء الصوم والرهن بغير استبراء .

(١١) المذهب - وبه قطع الجمهور - أنه لا استبراء عليه بانتهاء الإحرام ؛ إذ هو كما لو صَامَتْ ثم أفطرت . انظر الروضة (٤٢٨/٨) .

وإسلامُها بعد الردة [(١)] ، وطلاقُ زوجِها [(٢)] إياها : ففيه خلافٌ ؛ لتأكيد هذه الأسباب [(٣)] . وإيجابُ ذلك في المزوَّجة أولى ؛ لأن الزوجَ قد استحقّ منافعَها ، ثم يرجع الاستحقاق إليه . أما إذا اشترى منكوحتَه الرقيقة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ؛ لأن الحلَّ دائمٌ من شخص واحد [(٤)] .

والثاني : يَجِب ؛ لِتَبَدُّلِ جهةِ الحِلّ .

ولو باع جاريته بشرط الخيار ، ثم رجعت إليه في مدة الخيار ، فإن قلنا : لم يَزُلْ مِلكُه ، فلا استبراءَ . وإن قلنا : زالَ الملكُ وحَرُمَ الوطءُ ، لزمَ الاستبراءُ . وإن قلنا : زال الملكُ ولكن الوطء جائز ؛ لأنه فسخٌ ، فها هنا يحتمل أن يقال : الحلُّ مطرد ، والجهةُ متحدةٌ - بخلاف شراء الزوجة - فلا استبراءَ . ويحتمل أن يُنْظر إلى تجدد الملك ، وبه يُعَلَّلُ استبراءُ المنكوحة المشتراة .

فرع : لو اشترى مُحْرِمَةً ، أو معتدةً ، أو مُزَوَّجةً ، ففي وجوب استبرائها بعد انقضاء العدة ، أو بعد طلاق الزوج [من غير دخول] [(٥)] نصوصٌ مضطربةٌ للشافعي (رضي الله عنه) فقيل : فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب [(٦)] ، وهو القياس . ولايبعد أن يتأخر الاستبراءُ عن الملك إلى وقت الطلاق وزوالِ العدة .

---

(١) إذا أسلمت بعد الردة ، لزمه استبراؤها على الأصح ؛ لأنه زال ملك الاستمتاع بالردة ، ثم عاد بإسلامها . انظر : الروضة (٤٢٧/٨) .

(٢) يعني قبل الدخول .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لِتأَكُّدِ هذه الأسباب » .

(٤) إذا اشترى زوجته الأمة فوجهان ، الأصح المنصوص : أنه يدوم حل وطئها ، ولا يجب الاستبراء ، لكن يستحب . أما عدم وجوبه ؛ فلأنه لم يتجدد حِلٌّ ، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاطِ ماءٍ.

وأما استحبابه ، فلتمييزِ ولدِ النكاح عن ولد ملك اليمين ، فإنه في النكاح ينعقد مملوكًا ، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد . وفي ملك اليمين ينعقد حرا ، وتصير بسببه أم ولد . روضة الطالبين (٤٢٨/٨) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا أظهر القولين أنه يجب . انظر الروضة (٤٢٩/٨) والغاية (٨٥٧/٢) .

والثاني : أنه لا يجب ؛ لأن الموجِبَ جَلبُ الملكِ ولم تكن [إذ] [١] ذاك في مَظِنَّة الاستحلال [٢] ، فهو كشراء الأخت من الرضاع لا يوجب الاستبراء ، ولما حصل الحِلّ [٣] لم يتجدَّدْ ملكٌ حتى يجب به [٤] .

السبب الثاني . زوال الملك : فنقول : الجاريةُ الموطوءة - مستولدةً كانت ، أو لم تكن - فهي في حكم مُسْتفرشةٍ . فإذا أعتقت بعد موت السيد أو بالإعتاق ، فعليها التربُّصُ بقرء واحد . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : أما المستولدة فتتربص عند العتق ، ولكن بثلاثة أقراء ؛ نظرًا إلى كمالها في الحال [٥] . [٦]وأما الأمة ، فلا تربُّصَ عليها [٦] ، وزاد فقال : « لو وطئها السيد ، وأراد في الحال تزويجَها ، جاز من غير استبراء » [٧] . وهذا هجومٌ عظيم على خَلْطِ المياه . وعندنا : أن كل جارية موطوءةٍ ، لا يحلُّ تزويجُها إلا بعد الاستبراء [٨] . وكأن هذا الاستبراء من نتيجة حصول ملك الزوج ، فإن ملك السيد لم يَزُلْ ، إلا أنه يجب تقديمُه على الملك ؛ لأن النكاح يقصد لِحِلِّ الوطء ، فلا يمكن عقده إلا بحيث يستعقب الحِلَّ . وأما المشتري فَيَسْتَبْرِئُ بعد الملك ؛ [٩] لأن الشراء بقصد الأغراض المالية [٩] فلا يقبل الحجر بسبب الوطء . نعم ، إن عزم على الشراء [١٠] قدّم الاستبراء عليه .

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .
(٢) أي لم تكن يحل وطؤها .

(٣) في الأصل : « ولما حصل الملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الخلاف يرجع إلى أن الموجب للاستبراء ، هل هو حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع ؟ أم الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ؟ . انظر الروضة (٣٢٩/٨) .

(٥) سبق تفصيلُ هذه المسألة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « والأمة لا تربص عليها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وأراد في الحال تزويجها من غير استبراء : جاز » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن كل جارية موطوءة ، لا يحل تزويجها إلا بعد الاستبراء . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٤٣٣/٨) . القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . المقنع ص (٢٦٢) .

ومذهب الحنفية : أن من أعتق أمته - وقد كان يمسها - لم يكن عليها عدة منه ، ولها أن تتزوج ساعتئذ . انظر : مختصر الطحاوى ص (٢١٨) .

(٩) في (ب) : « لأن الشراء يقصد لأغراض مالية » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « التسري » .

فروع

الأول : لو اشترى المستفرشة المستبرأة ، تسلط على التزويج ، وأعتق قبل التزويج [أو باع وأراد المشتري التزويجَ] [(١)] أو أعتق المشتري قبل الوطء - فأراد التزويج - ففي جواز ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : وهو الظاهر [(٢)] أنه يجوز ؛ إذ كان يجوز قبل زوال الملك ، فطرآنُ العتقِ أو الشراءِ لم يحرّم تزويجًا [(٣)] كان ذلك جائزًا [(٣)] .

والثاني : أنه لا يجوز ؛ لأن زوال ملك الفراش سببٌ يوجب عدة الاستبراء ، وقد طرأ ؛ فامتنع بهذا الطارىء حتى يزول .

والثالث : أن ذلك يُمْنع في المستولدة دون الرقيقة ؛ لأنها بالمستفرشة أَشْبَهُ .

والثاني : المستولدة المزوجة إذا طلقها زوجُها ، واعتدت فأعتقها السيد وأراد تزويجها قبل الوطء [(٤)] ، فهل له ذلك ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ إذ كان يجوز قبل العتق .

والثاني : لا ؛ لأن عِتْقَها هو زوال مِلْكِ الفراش ، وقد صارت مستفرشةً له بانقضاء عدتها وإن لم يطأها ؛ إذ عادت إلى فراشه .

أما إذا قال : أنت حرة مع آخر العدة ، فها هنا لم ترجع إلى فراشه ، فمنهم من قطع بجواز التزويج . ومنهم من طرد القولين ، وجعلَ مجردَ زوال الملك عن المستولدة سببًا للعدة .

الثالث : إذا أعتق المستولدة المزوجة - وهي في صُلْب النكاح أو عدته - فالظاهرُ :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « وهو ظاهر » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كان جائزًا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قبل الاستبراء » .

أن الاستبراء لا يجب ؛ لأنه ليس الزائل فراشا [له] [١] ، بل هي فراش للزوج ، وفيه قول آخر : أنه يجب ؛ لزوال ملك السيد ، وقد كانت مستفرشة / من قبل . فإن أوجبنا في العدة ، فلا ٢٢٠/ب يخفى أنهما لا يتداخلان . ويبقى النظر في التقديم والتأخير كما سبق [٢] .

الرابع : إذا أعتق مستولدته ، وأراد أن ينكحها في مدة الاستبراء ، ففي جوازه خلاف ، والأظهرُ جوازه ؛ كما لو وطئها بالشبهة وأراد أن ينكحها [٣] . والثاني : المنع ؛ لأن زوال الملك أوجب تعبُّدًا بالاستبراء ، ولذلك مُنِعَ من التزويج من الغير على وجه ، مع أنه كان جائزًا قبل العتق .

الخامس : المستولدة المزوجة إذا مات زوجُها وسيدُها جميعًا ، فإن مات السيد أولًا فعليها عدةُ الوفاة ، أربعةُ أشهر وعشرٌ . فإن مات الزوجُ أولًا ، فعليها نصفُ ذلك . وإن اشْتُبِهَ فعليها الأخذُ بالأحوط ، وذلك ظاهر إذا فرعنا على الصحيح في أنه ليس عليها استبراءٌ للسيد . وإن أوجبنا - فَبَعْدَ مُضِيِّ عدة الوفاة - لا بد من شهر آخر إلا إذا كانت من ذوات الأقراء [٤] فتكفيها حيضة وإن جرت [٤] في مدة العدة ؛ [لأن المقصود وجود صورة الحيض بعد موت السيد ، وقد حصل] [٥] . وإن لم تَجْرِ ، فلا بد منها بعد العدة .

وإن ماتا معًا فلا استبراء ؛ لأنها ما عادت إلى فراشه . والظاهر : أن عدتَها شهران وشيءٌ ، بخلاف ما لو تقدم موت السيد بلحظة على موت الزوج . وفيه وجه : أنها لو عتقت في أثناء العدة استكملت عدة الحرائر ، فإذا أعتقت [٦] مع موته ، فهو أولى بذلك .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قوله : « كما سبق » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٨/٤٣٥) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فعليها حيضة واحدة إن جرت » .

(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « فإذا أعتق » وهو خطأ .

قاعدة

يجوز اعتماد قولها : « إني حضتُ » ؛ [1] فلا سبيل [1] إلى تحليفها ؛ إذ لا يرتبط بنكولها حكمٌ ؛ فإن السيد لا يقرر على الحلف ، ولا اطلاعَ له على حيضها .

ولو امتنعت عن غشيانه ، ورفعت إلى القاضي ، فقال : قد أخبرتني بالحيض ، فالأوجَهُ تصديقُ السيد وتسليطه [2] ؛ إذ لولا ذلك لوجبت الحيلولة بينهما كما في وطء الشبهة ، فالاستبراءُ باب من التقوى فيُفَوَّض إلى السيد . وذكر القاضي أنه لا يبعد أن يكون لها [3] المخاصمة والدعوى ، حتى إن الجارية الموروثة ، لو ادعت أن المورِّثَ وطئها وطئا مُحَرِّما على الوارث [4] ، فللوارثِ أن لا يُصَدِّقها ، وهل لها تحليفُه ؟ فيه خلاف [5] ، فكذلك هذا ، ويتأيد بوجْهٍ ذُكِرَ : أن لها الامتناعَ عن وقاع السيد الأبرص ، فيُشْعِر بأنها صاحبةُ حقٍّ على الجملة .

* * *

---

(١) في (أ) : « إذ لا سبيل » .

(٢) أي لا يُحَال بينه وبينها .

(٣) في (ب) : « له » وهو خطأ .

(٤) أي حرمت عليه بوطء المورِّث .

(٥) والراجح أن لها التحليف . انظر الروضة (٨/٤٣٧) .

الفصل الثالث

فيما تصير به الأمة فراشًا

فنقول : قال رسول الله ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » [1] . فإذا استبرأ جارية ، فأتتْ بولد قبل أن يَطأها ، فلا يُلحق [به] [2] ؛ إذ لا فراشَ . وتصير فراشًا بالوطء . وإنما يَلحقه الولدُ إذا استلحقه ، أو أتتْ به لزمانٍ [3] يحتمل أن يكون منه [3] بعد الوطء . ويَثبت الفراشُ بأن يُقِرَّ بوطء عَرِيَ عن دعوى الاستبراء والعزل .

والصحيحُ : أن دعوى العزل لا تَنْفِي الولد ؛ لأن الماء سَبَّاق لا يدخل تحت الاختيار . والصحيحُ أن اعترافه بالوطء في غير المأتى لا يُلْحق الولدَ به . أما إذا قال : وطئتُ واستبرأتُها بعده بحيض [4] ، فالمذهبُ : أنه ينتفي عنه الولدُ بغير لعان ؛ لأن فراشَ الأمة

---

(١) صح هذا الحديث من طريق عائشة وأبي هريرة وعمرو بن خارجة وأبي أمامة الباهليّ (رضي الله عنهم) :

حديث عائشة : رواه البخاري في صحيحه (١٣٠/١٢) كما في الفتح (٨٦) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « للعاهرِ الحَجَرُ » حديث (٦٨١٧) . ورواه مسلم في صحيحه (١٠٨٠/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٠) باب « الولد للفراش وتوقي الشبهات » حديث (١٤٥٧) . ورواه أبو داود (٧٠٣/٢) حديث (٢٢٧٣) . والنسائي (٦/ ١٨١) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٤) جميعهم من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعًا .

حديث أبي هريرة : رواه البخاري (٣٣/١٢) (٨٥) كتاب « الفرائض » (١٨) باب « الولد للفراش ، حرة كانت أو أمة » حديث (٦٧٥٠) . ورواه الترمذي في سننه (٤٦٢/٣) حديث (١١٥٧) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٦) من طرق عن أبي هريرة مرفوعًا .

حديث عمرو بن خارجة : رواه الترمذي (٣٧٧/٤) (٣١) كتاب « الوصايا » (٥) باب « ما جاء في لا وصية لوارث » حديث (٢١٢١) .

حديث أبي أمامة : رواه ابن ماجه (٦٤٧/١) (٩) كتاب « النكاح » (٥٩) باب « الولد للفراش » حديث (٢٠٠٧)

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يمكن أن يكون منه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وطئتها واستبرأتها بعده بحيضة » .

ضعيف . ومنهم من قال : لا ينتفي إلا باللعان .

فإن فرعنا على المذهب ، فأنكرتْ ، فالقولُ قولُه ، فكأنا نقول : لم يُقِرَّ إقرارًا مُلْحِقًا ، وإن كانت هي المؤْتمنةَ في رحمها .

ولو ادَّعَتْ أُمِّيَّةَ الولد ، فلها تحليفُه ، ثم فيه وجهان [١] .

أحدهما : يحلف أنها حاضتْ بعد الوطء ، وما وطئها بعد الحيض .

والثاني : أنه يُضيف إلى ذلك : أن الولد ليس مِنِّي حتى ينتفي .

ولو أتتْ بعد الوطء - لأكثر من أربع سنين - فمقتضى قولنا [٢] : إنها صارت فراشا ، أنه يَلحقه . فإن قلنا : إنه ينتفي بدعوى الاستبراء ، فهذا أظهر . وإن قلنا : لا ينتفي ، فهذا فيه ترددٌ .وعلى الجملة ، هذا بالنفي أَوْلى من الاستبراء . ويَقْرُب من هذا ، أنها لو أتت بولد [٣] ، ثم أتت بولد آخر لأكثر من ستة أشهر من الولد الأول ، فإنه وُلِدَ بعد الاستبراء بالولد الأول [٤] . فمنهم من قال : يلحق ؛ إذ صارت فراشًا . ومنهم من قال : لا [٥] ؛ إذ ليس يثبت لها عند الشافعي (رضى الله عنه) حُكْمُ المستفرشة . وعلى هذا يلتفت أن المستفرشة إذا طلقها زوجُها ، هل تعود فراشًا بمجرد الطلاق حتى يجب الاستبراء بعتقها قبل الوطء ؟ فإن قلنا : تعود فراشا ، لحقه الولد من غير إقرار جديد بالوطء ، لكن الأصح أنها لا تعود فراشًا .

فرع : إذا اشترى زوجته ، وأتت بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون في النكاح وفي ملك

---

(١) ذكر في الروضة وجهًا ثالثًا : أنه يكفيه أن يحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء . الروضة (٨/ ٤٤٠) .

(٢) في الأصل : « فمقتضى قولها » والصواب ما فى (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) أي أتت بولد ولحق السيد .

(٤) ولو ولدته لأقل من ستة أشهر ، فَهُمَا حملٌ واحدٌ ، فإذا لحقه الأولُ لحقه الثاني . كذا في الروضة (٨/ ٤٤١) .

(٥) والأصح : أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد ؛ لأن الفراش إذا كان يبطل بالاستبراء ، فبأن يبطل بالولادة أولى . انظر الروضة (٨/ ٤٤١) .

اليمين ، فيلحقه الولد ؛ إذ الأمةُ لا تنحط عن البائنة ، ولكن لا تصير أُمَّ ولدٍ له إذا لم يعترف بوطء في الملك . وفيه وجه : أنها تصير أُمَّ ولدٍ له ؛ لأنها وَلَدَتْ منه في ملكه ، وهو بعيد . نعم ، لو أقر بالوطء / واحتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين ، فيحتمل ٢٢١/أ ترددا[١] في أمية الولد[٢] . ووجهُ إثباته أن يقال : ملك اليمين مع الإقرار [بالوطء] [٣] يثبت فراشًا ناسخا لفراش النكاح ، فيحال الولد على الناسخ . ويمكن أن يقال : ملك اليمين لا يقوى على نَسْخِ فراش النكاح ، ويُبْتنى عليه ترددٌ في أنّ زوج الأمة ، إذا طلقها قبل المسيس ، وأقر السيدُ بوطئها ، وأتت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون منهما ، فيحتمل أن يُلْحق بالسيد ؛ لأن فراشه ناسخ ، ويُحْتمل أن يُعْرض على القائف .

* * *

(١) في الأصل « يحتمل ترددًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه تثبت أُمِّيَّةُ الولد . انظر الروضة (٨/٤٤١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

كِتَابُ الرَّضَاعِ (1)

والأصلُ فيه قولُه تعالى : ﴿ ... وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ (2) وقال النَّبيُّ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ من النَّسَب » (3) .

وفي الكتاب أربعة أبواب (4) :

---

(1) الرضاع : بفتح الراء ، ويجوز كَسْرُها وإثباتُ التاءِ معهما . وهو لغةً : اسمٌ لِمَصِّ الثدي وشُرْب لبنه . وشرعًا : اسمٌ لحصولِ لبن امرأةٍ - أو ما حصل منه - في معدة طفل أو دماغه .

والرضاع يؤثر في تحريم النكاح وثبوتِ المحرمية - المفيدة لجواز النظر والخلوة - دون سائر أحكام النسب ، كالميراث ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص وغيرها .

وإنما جُعل الرضاع سببًا للتحريم ؛ لأن جزءَ المرضعة - وهو اللبن - صار جزءًا للرضيع باغتذائه به ، فأشْبَهَ مَنِيَّهَا في النسب . انظر : المصباح المنير (١ / ٣١٥) . القاموس المحيط ص (٩٣٢) مادة (ر ض ع) ، روضة الطالبين (٩ / ٣) مغني المحتاج (٣ / ٤١٤) .

(2) من الآية (٢٣) من « سورة النساء » .

(3) رواه البخاري (٩ / ٤٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٠) باب ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ و « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (٥٠٩٩) . ورواه مسلم (٢ / ١٠٦٨) (١٧) كتاب « الرضاع » (١) باب « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (١٤٤٤) كلاهما بلفظ « إن الرضاعة تُحَرِم ما تُحرم الولادةُ » . ورواه النسائي في سننه بلفظ الذي أورده الإمام الغزالي (٦ / ٩٩) كتاب « النكاح » باب « ما يُحَرِّم من الرضاع » .

(4) في (أ) : « وفي الكتاب أبواب » .

البابُ الأوّلُ

في « أركانِ الرّضَاعِ وشرائِطه »

أما الأركان فثلاثةٌ : المرْضِعُ ، واللبنُ ، والمرْتَضِعُ .

أما المرضع : فهو كلُّ امرأة حيَّةٍ تحتملُ الولادةَ . فاحترزْنا « بالمرأة » عن البهيمة والرّجل ؛ فلو ارتضع صغيران من بهيمة فلا أُخُوَّةَ بينهما ؛ لأنَّ الأخوة تتبع الأُمومة ، وقال عطاءٌ : تَثْبُتُ الأُخوةُ [١] » . ولو دَرَّ لبنٌ من ثَدْي الرَّجُل فلا أَثَر له ، وفيه وجه : أنّه كَلَبن المرأة . والصبيّةُ بنتُ ثمان – إنْ دَرَّ لبنُها – فلا حكمَ له ، بل هو كلبنِ الرجل . وفي لبن البكْر وجهان [٢] :

أحدهما : يُحَرِّم ؛ لأنّها في محلِّ الولادة وإن لم تَلِدْ قطعًا [٣] .

والثاني : أنها كاالرّجُل ؛ إذِ اللبنُ فرعٌ للولد ، ولا ولدَ .

أمَّا لو أجهضتْ جنينًا فَلَبنُها مُؤَثِّر . وإذا دَرّ لبنٌ لصبيةٍ [٤] بنتِ سنين ، وقلنا : « يُعْتبر لبن البكر » : اعْتُبِر ذلك ؛ لاحتمال البلوغ . ثُمَّ لا يُحكمُ ببلوغها بمجرد اللبنِ ولكن [٥] كما يُلْحق الولدُ بابنِ تسعِ سنين ، ولا يحكم ببلوغه [٦] .

---

(١) لم أعثر عليه .

(٢) في (ب) : « وفي لبن الذكر » وهو خطأ عجيب .

(٣) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (٩ / ٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لبن الصبية » .

(٥) كلمة : « لكن » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « كما يلحق الولد بابن تسع سنين ولا يحكم ببلوغه » يعني إذا تزوج صغيرٌ ابنُ تسعِ سنين ، ثم ولدت امرأته لحقه الولدُ ما لم ينْفِهِ بلعان – عند بلوغه ؛ وذلك لاحتمال نزول المنيّ منه ، ومع هذا فلا يحكم ظاهرًا ببلوغه ، أما النسبُ فيثبت بالاحتمال . انظر الروضة (٨ / ٣٥٧) .

وقال الحموي : « قوله في الرضاع : (أما لو أجهضت جنينًا ، فلبنها مؤثر ، وإذا درَّ لبن الصبية بنت تسع سنين وقلنا : يعتبر لبن البكر ، اعْتُبِر ذلك ؛ لاحتمال البلوع ، ثم لا يُحْكَم ببلوغها بمجرد اللبن ولكن كما يلحق الولد بابن تسع ، ولا يحكم ببلوغه) .

قلت: ما ذكره الشيخ هنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (ولكن يلحق بابن تسع سنين) وذلك يناقض =

وأما المرأة الميتةُ إذا بَقِي في ضرْعِها لبنٌ ، فلا يُؤَثّر لبنُها [1] ؛ لأنها جثّةٌ منفكةٌ عن الحِلِّ والحرْمةِ كالبهيمة ، نعم لو حُلِبَ [2] في حياتها ، وارتضع بعد الموتِ ، كان مُحَرِّمًا على المذاهب ، وفيه وجه : أنه لا يُحَرِّم ؛ لأنّ الميتَ لا يحتمل ابتداء الأمومة .

الركن الثاني : اللبن . والمعتبرُ عندنا وصولُ عَيْنه إلى الجوف ، وإن لم يَبْقَ اسمُه ، حتى لو اتُّخِذ منه جبنٌ أو أَقِط أو مُخِضَ منه زبدٌ [3] ، فأكلَه الصبيُّ : حرَّم ، فلم يَتَّبع الشافعيُّ (رضي الله عنه) اسمَ اللبن ، وإن اتبع اسمَ الإرضاعِ وعَوَّل على الخبر فيه .

ولو اختلط بمائعٍ - وهو غالبٌ - حرَّم . وإن كان مغلوبًا بحيث لا يظهر له لونٌ وطعمٌ ، فإن

= ما ذكره الشيخ في الثالث من جوامع اللعان في الفصل الأول فيمن يلحقه النسبُ وهو كلُّ من يمكن أن يُولَدَ له ولدٌ ، والنظر في الصبي والمجنون والخَصِيِّ ، أما الصبيُّ : فإمكانُ العلوق عنه فبعد إكمال السنة العاشرة فيلحقه كما لو أتت به زوجتُه لستةِ أشهرٍ بعد السنة العاشرة ، وقيل : يمكن العلوقُ في أثناء العاشرة ويلحقه الولدُ بعد العاشرة ، ومهما أتَتْ قبل الإمكان لم تفتقر إلى اللعان . فإذا ثبت هذا كان ما ذكر مخالفًا له ؛ فإنه لا يتأتّى حصولُ ذلك الخلاف المذكور في تسع سنين مثل ما ذكره أولا ، وهو إشكال ظاهر .

الثاني : أنه قال : (ولا يحكم ببلوغه) ولا خلاف أنّا نحكم ببلوغه ويلحقه الولدُ بشرط استكمال عشر سنين على الخلاف المذكور ، لأنّا نتبين بحصول العلوق وجودَ الإنزال .

قلت : المنقول في هذا أن قوله : (تسع سنين) غلطٌ من الناقل أو الكاتب ؛ فإنه لا يتصور فيه ذلك لما ذكرناه ، وإنما الصحيح « في عشر سنين » ويكون على قول العلوق في أثناء العاشرة ، هذا الذي قيل فيه .

قلت : ولا يبعد اتجاهُ ذلك على قول من قال في الحيض : إنه يُتَصَوَّر وقوعُه في السنة التاسعة ، يعني أواخرها . وإذا كان كذلك أمكن وقوعُه فيها وإن كان على بُعْد .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، ومراد الشيخ بذلك أن لا يُحْكَم ببلوغه بالحمل ، وإنما يستدل به على البلوغ قبيل العلوق ؛ فإنه لا يتصور علوقٌ من غير إنزال ، فعلى هذا يكون البلوغُ حاصلا بالإنزال لا بالحمل . وقيل : إنما كان كذلك ؛ احتياطًا للنسب بخلاف اللبن في الرضاع ، وهو بعيد » مشكلات الوسيط (ق ١٦٤ / ب - ١٦٥ / ب) .

(١) في (أ) : « فلا يؤثر » بدون كلمة « لبنها » ؟ (٢) في (أ) : « لو حَلَبَتْ » .

(٣) أي اسْتُخْرِجَ منه زبدٌ . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٧٢) مادة (م خ ض) .

اختلط بما دون القُلتينِ ، وشرِبَ الصبيُّ جميعَه [1] ، ففيه قولان :

أحدهما : [أنه] [2] لا يُحَرّم ؛ لأنه قد انمحقَ .

والثاني : نعم ؛ لأن العينَ باقٍ فيه ، وقد وصل إلى الجوف . فعلى هذا لو شرب بعضَه فوجهان :

أحدهما : يحرم ؛ لأنه مُثْبَتٌ في الجميع .

والثاني : لا ، فلعلَّه في الباقي . والوجه القطعُ بأنه يُعتبر يقينُ الإثبات . فإن شكَّ ، فالأصلُ عدمُ التحريم .

أما إذا اختلط بقلتينِ ، فالترتيبُ على العكس ، وهو أنه إنْ شربَ بعضَه لم يُحرِّم ، وإن شربَ كلَّه فقولان مُرَتَّبان على ما دونَ القلتين ، وأَوْلَى بأن لا يُؤَثر .

ثم لم نَعْتبر القلتين في سائرِ المائعات ، بل في الماء خاصَّةً ، واعتبارُه بعيدٌ .

وقال الشيخ أبو حامد : المغلوبُ ، يُعْنَى به الذي لا يؤثر في التَّغْذية ، لا الذي لا يؤثر في اللون [3] .

الركن الثالث : المحل . وهو جوفُ الصبيِّ الحيِّ ؛ فلا يؤثر الإيصالُ إلى جوف الميت ، ولا إلى جوف الكبير . ونَعْني بالجوف : المعدةَ ، ومحلَّ التغذيةِ ؛ لأن الرضاع ما أنبتَ اللحمَ وأَنْشَرَ [4] العظمَ [5] . فلو وصل إلى جوفٍ لا يُغذِّي ، كالمثانة والإحليل ، فحيثُ لا يفطر لا يُؤَثر ، وحيث

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وشرب جميعه » بدون كلمة « الصبي » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة (٩ ٥) : « والصحيح - الذي قطع به الأكثرون - أن الاعتبار بصفات اللبن : الطعم ، واللون ، والرائحة ، فإن ظهر منها شيء في المخلوط ، فاللبن غالب ، وإلا فمغلوب » .

(٤) أنشر العظم : أي زاد في حجمه وارتفاعه . ويروى : أنشز العظم ، ومعناه : شَدَّ العظم وقوّاه . والإنشارُ بمعنى الإحياء كما في قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ إذا شَاء أنشَرَه ﴾ [عبس : ٢٢] . انظر حاشية أبي داود (٢ / ٥٤٩) طلبة الطلبة (١٠٥) .

(٥) وهو حديث رواه أبو داود في سننه (٢ / ٥٤٩) (٦) كتاب « النكاح » (٩) باب « في رضاع الكبير » حديث (٢٠٥٩) ، (٢٠٦٠) عن ابن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا بلفظ « لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » ورواه الإمام أحمد في مسنده (١ / ٤٣٢) برقم (٤١١٤) ولفظه « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشر العظم » ورواه البيهقي في سننه (٧ / ٤٦١) .

يحصل الإفطار ، ففي تحريمِ الرّضاع قولان . وفي السَّعوط طريقان [١] ، منهم مَنْ طرد القولين ، ومنهم من قطع بالحصول ؛ لأن الدماغ له مَجْرًى إلى المعدة ، فينتهي إليها بخلاف الحقنة .

أما الشرط فهو اثنان :

الأول : الوقت ، فلا أَثَر للرضاعِ بعد الحولين عند الشافعي (رضي الله عنه) لقوله ﷺ : « لا رضاع إلا في الحولين » [٢] ولقوله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [٣] ولا حكمَ لما بعد التَّمام [٤] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « ثلاثون شهرًا » [٥] ، وقال ابن أبي ليلى :

---

(١) السعوط : ما صُبَّ في الأنف حتى يصل إلى الدماغ . ويقال : أسعطه الدواء : أدخله في أنفه ، فاسْتَعَطَ . انظر : طلبة الطلبة (١٠٥) . المصباح المنير (١ / ٤٢٣) . القاموس المحيط ص (٨٦٥) . المطلع على أبواب المقنع ص (١٤٧)

والمذهب أنه يثبت التحريم إذا صُبَّ في أنفه اللبنُ فوصل دماغَه . الروضة (٩ / ٦) .

(٢) صحيح موقوفًا : رواه الدارقطني في سننه (٤ / ١٧٤) عن ابن عباس ، والبيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٤٦٢) ورجّح الموقوف . ورواه مالك في موطئه موقوفًا أيضًا (٢ / ٤٦٢) بلفظ « ما كان في الحولين – وإن كان مَصَّة – فهو يُحَرِّم » .

ويشهد لمعناه ما رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢١) باب من قال : « لا رضاع بعد حولين » حديث (٥١٠٢) بإسناده عن عائشة مرفوعًا بلفظ « إنما الرضاعة من المجاعة » . ومعناه كما قال الحافظ ابن حجر : أن الرضاعة التي تثْبت بها الحرمة وتَحِلُّ بها الخلوة ، هي حيث يكون الرضيع طفلا يَسُدّ اللبنُ جوعته ؛ لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن ، ويَنْبت بذلك لحمُه ، فيصير كجزء من المرضعة ... فكأنه قال : « لا رضاعة معتبرة إلا المُغْنِية عن المجاعة أو المطْعِمة من المجاعة » قال الحافظ : ومن شواهده حديثُ ابن مسعود : « لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم » وحديثُ أم سلمة : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام » . فتح الباري (٩ / ٥٢) . وانظر نصب الراية (٣ / ٢١٨ وما بعدها) . قلت : وحديث أم سلمة الذي أورده الحافظ ابن حجر رواه الترمذي في سننه (٣ / ٤٥٨) (١٠) كتاب « الرضاع » (٥) باب « ما ذُكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين » . حديث (١١٥٢) . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٣) من الآية (٢٣٣) من سورة « البقرة » .

(٤) أي لا حكم للرضاع بعد تمام الحولين .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا أثر للرضاع بعد الحولين . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٥) . الروضة (٩ / ٧) . المنهاج (١١٧) . الكافي ص (٢٤٢) . الشرح الكبير (٢ / ٥٠٣) . الشرح الصغير (٢ / ٧٢٠) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٧٨) . المبدع (٨ / ١٦٥ . منار السبيل (٢ / ٢٩٢) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن أثر الرضاع يكون إلى ثلاثين شهرًا . وخالفه صاحباه أبو يوسف =

« ثلاثُ سنين »[1] ، وقال داود : « أبدًا »[2] وبه قالتْ عائشةُ (رضي الله عنها)[3] واستدلت / ٢٢١/ب بأن سهلةَ بنتَ سُهَيْلٍ قالتْ : كُنَّا نرى سالمًا ولدًا ، وكان يدخل علينا ، فقال النبيُّ ﷺ : « أَرْضعيه خَمْسَ رَضَعَاتٍ » ففعلتْ ، وكان كبيرًا ، وأبى سائرُ الصحابة ذلك ، وقالوا : « كان ذلك رخصةً لسالم »[4] .

فرع : لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين ، فيقرب من تقابل الأصلين ؛ إذ الأصلُ بقاءُ الحولينِ ، والأصلُ عدمُ التحريم ، والأظهر أنه لا يحرم ؛ فإنه الأصلُ ، كالماسح إذا شَكَّ في انقضاء مدةِ المسحِ[5] ، قلنا : الأصلُ وجوبُ الغسل لا بقاءُ المدة .

الشرط الثاني : العَدَد . فلا يُحَرِّم إلا خمسُ رضعاتٍ ؛ لقولِ عائشة (رضي الله عنها) : « أُنْزِلَتْ (عَشْرُ رَضَعَاتٍ مُحَرِّماتٌ) فَنُسِخْنَ بخمس رضعات »[6] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يحرم برضعة »[7] ، وقال أبو ثَوْر وابنُ أبي ليلى : « يحصل بثلاثِ رضعات » .

= ومحمد ، فقالا : سنتان . وقال زفر : ثلاث سنين . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (٥/ ١٣٦) . الاختيار (٣/ ١١٨) . فتح القدير (٣ / ٤٤١) .

(١) لم أعثر عليه .

(٢) انظر المحلى (١٠ / ٩ ، ١٧) .

(٣) رواه عبد الرزاق بإسناده في مصنفه (٧ / ٤٥٩) برقم (١٣٨٨٥) .

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه مختصرًا كما في الفتح (٩ / ٣٤) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٥) (٢ / ١٠٧٦) (٧) كتاب « الرضاع » (٧) باب « رضاعة الكبير » حديث (١٤٥٣) . وأبو داود (٢ / ٥٤٩) حديث (٢٠٦١) . والنسائي (٦ / ١٠٤) . وابن ماجه (١ / ٦٢٥) حديث (١٩٤٣) .

(٥) يعني في المسح على الخفين .

(٦) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٧٥) (١٧) كتاب « الرضاع » (٦) باب « التحريم بخمس رضعات » حديث (١٤٥٢) بإسناده عن عائشة قالت : كان فيما أنزل من القرآن : عشرُ رضعاتٍ معلوماتٍ يُحَرِّمْنَ . ثم نُسخن بخمس معلومات ... » ورواه أبو داود (٢ / ٥٥١) حديث (٢٠٦٢) والترمذي (٣/ ٤٥٦) . والنسائي (٦ / ١١٠) . وابن ماجه (١ / ٦٢٥) حديث (١٩٤٢) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُحَرِّم إلا خمسُ رضعات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٥) . الروضة (٩ / ٧) . المنهاج ص (١١٧) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٣٦) . زاد المستقنع ص (١١٧) . المبدع (٨/ ١٦٦) منار السبيل (٢ / ٢٩٣) . =

ثم النظر في أمرين :

أحدهما : في التعدُّد . وإنما يتعدّدُ بتخَلُّلِ فَصْلٍ بين الرضعتين ، ويُتَّبَع فيه العُرْفُ كموجب اليمين . ولا ينقطع التواصل بأن يلفظَ الصبيُّ الثديَ ، ويَلْهُوَ لحظةً ، ولا بأنْ يتحولَ من ثدي إلى ثدي ؛ لأنَّ ذلك إتمامُ رضعة واحدة ، وإنما ينقطع بالإضراب ساعةً ، والعرفُ هو المحكَّمُ ، وعند الشّكّ الأصلُ نَفْيُ التحريم .

أما إذا حَلَبت [١] اللبنَ دفعةً واحدةً ، وشربَه الصبيُّ في خمسِ رضعاتٍ - فقولان [٢] . الأصح حصولُ العدد ؛ نَظَرًا إلى تَقَطُّع الوصول .

والثاني : أنه ينظر إلى اتحاد الحصول والانفصال .

وإن حُلِبَ [٣] خمس دفعاتٍ ، وتناوله الصبيُّ من إناء واحد دفعةً واحدة [٤] ، فهو رضعةٌ ، فإن تناولَه بدفعات فطريقان :

منهم من قطع بالعدد ؛ لتعدُّد الطرفين [٥] .

ومنهم من قال : اللبنُ في حكم المتَّحد لمّا اختلط .

الأمر الثاني [٦] : أن يتعددَ المرضعُ ويتَّحِدَ الفحل . كالرجل له خمسُ مستولداتٍ ، أو أربعُ نسوةٍ ومستولدةٌ ، أرضعنَ بلبانِه صغيرةً ، كلٌّ واحدةٍ مرةً ، لا تحصل الأُمومةُ . وهل تحصُلُ الأبوةُ للفحل ؟ فيه وجهان مشهوران :

= **ومذهب أبي حنيفة** : أن حكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره ولو رضعةً واحدة . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (٥ / ١٣٤) . الاختيار (٣/ ١١٧) . الكافي ص (٢٤٢) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٧٧) . الشرح الصغير (٢ / ٧٢٠) .

(١) في (أ) ، (ب) : « حُلبَ » . .

(٢) وأظهر القولين أنها رضعةٌ واحدة كما في الروضة (٩ / ٩) خلافًا لما قاله الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (ب) : « وإن حلبت » .

(٤) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) والمذهب أنه يعد خمس رضعات ، وبه قطع الجمهور . كذا في الروضة (٩ / ٩) .

(٦) في (أ) : « النظر الثاني » .

أحدهما : أنه لا تحصل ؛ لأنَّ الأمومةَ أصلٌ ، والأبوة تَبَعٌ .

والثاني : تحصل ؛ لأنَّ الأبوةَ أيضًا أصْلٌ ، وقد حصل العددُ في حقِّه (١) .

ولو كان بدلهن خمسُ بناتٍ ، فوجهان مُرَتَّبان ، وأولى بأن لا تحصل (٢) ؛ لأنَّ اللبنَ ليس منه حتى نقول : كأنه المرْضِع وهنَّ كالظّروف لِلَبَنِه (٣) ؛ لأن البنات كبنْتٍ واحدة من وجه ، والأخواتُ كالبناتِ ، وإذا ثبتت الحرمة مع ابنتيه انجرت إليه .

ولو كنَّ مختلِفاتٍ - كأمٍّ ، وأخت وبنت وجدة وزوجة - فالظاهر أنه لا يُحَرِّم ؛ لأن هذا المجموعَ لا يحصل منه قرابةٌ واحدةٌ يُعَبَّر عنها بعبارة . وقيل : يحرم ؛ إذ لو اسْتَتَمَّتْ كلٌّ واحدةٍ خمسًا لحرمت .

فرع : يُعْتبر تَخَلُّلُ فَصْلٍ بين رضعاتِ الزوجات ، فلو أرضعْنَ دفعةً واحدة (٤) على التواصُل فوجهان :

أحدهما : أنه يتعدَّدُ ؛ لتعدُّدِ المرْضِع (٥) .

والثاني : أنه يَتَّحد ، كتعدد الثدي من واحدة ؛ لأنَّ الصبيَّ (٦) ارتضع دفعة [واحدة] (٧) . فعلى هذا ، لو عادتْ واحدةٌ وأرضعتْ أربعًا حُرِّم عليها ؛ لأنها كمَّلتِ الخمسَ . وفيه وجهٌ : أنه لا يحرم ؛ لأن الرضعةَ الأُولى لم تُحسَبْ (٨) رضعةً تامةً ، ولو حُسِبَتْ لحصلَ التحريمُ بالمجموع . وهذا ضعيفٌ .

* * *

---

(١) وهذا أصح الوجهين كما ذكره الغزالي في الوجيز (٢ / ١٠٦) . والنووي في المنهاج ص (١١٨) . والروضة (٩ / ١٠) .

(٢) أي لا تحصل الأبوة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كالظرف للبنه » .

(٤) كلمة : « واحدة » ليست في (ب) .

(٥) وهذا أصح الوجهين كما ذكره في الروضة (٩ / ١٢) . وفي (ب) : « أنه يتعدد بتعدد المرضع » .

(٦) كلمة : « الصبي » ساقطة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « لم تحتسب » .

الباب الثاني

فيمنْ يَحرم بالرضاع

ويحرم بالرضاع [1] أصولٌ وفروعٌ ، والأصول ثلاثة :

المرضعة [2] : وهي الأمُّ وزوجُها وهو الأَبُ .

والمرتضعُ : وهو الولدُ ، ومنهم تنتشر الحرمةُ إلى الأطرافِ ، حتى يحرمَ من الرضاعِ ما يحرُمُ من النَّسب .

بيانُه : أنه إذا حَرُمَ على المرتَضِعِ المرضعةُ ، حَرُمَ عليه أُمهاتُها نَسَبًا ورضاعًا ؛ فإنهنَّ جدَّات . وحَرُمَ عليه أَخواتُها نسبًا ورضاعًا ؛ فإنهن خالاتٌ . [3] ولم تحرم عليه بناتُ أخواتِها [3] وإخوتِها ؛ فإنهنّ بنات الخالاتِ والأخوالِ [4] . وحرمت بناتُها عليه نسبًا ورضاعًا ؛ فإنهن أخواتُ المرتضِع [5] وحرمت أولادُ بناتِ المرضعة [5] ، قَرُبْنَ أو بَعُدْنَ من النّسب والرضاعِ ؛ فإنه خالُهُنَّ . وكما حرمت المرضعةُ على المرتضِعِ ، حرمت على أولاده من النسب والرضاع ؛ فإنهم حوافدها ، ولم تحرم على أبِ المرتضع ، فلو تزوج بها أبوه فكأنه تزوَّج بأُمِّ الابنِ ، ولا مَنْعَ منه . ولو تزوج أخوه بها فلا مَنْعَ ، وكأنه تزوج بأُمّ الأخِ وهو جائزٌ ، وإنما لا يجوز في النسب ؛ لأنها زوجةُ الأبِ [6] ، وذلك حرامٌ بحكم المصاهرة .

وهذا القياسُ بعينِه جَارٍ بين المرتضِع والفحل ، فإذا كان هو للمرتضِع أَبًا : فأبوه جَدٌّ ، وأخوه عمٌّ ، وابنُه أَخٌ ، وعلى هذا / القياسُ . ٢٢٢/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ويحرم من الرضاع » .

(٢) ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « ولم تحرم بناتُ أخواتها » .

(٤) في (أ) : « فإنهن بنات الأخوال والخالات » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وحرمتْ بناتُ بناتِ المرضعة » .

(٦) أي لأنها زوجة أبيه .

والأصلُ في الفحل أن عائشة (رضي الله عنها) احتجبت من « أفلح »[١] فقال ﷺ : « لِيَلِجْ عليكِ فإنّه عَمُّكِ »[٢] وكانت قد ارتضعت من زوجة أخيه .

ولا يخالف الرضاعُ النَّسبَ إلا في أُمِّ الأخِ من الرضاع ، وأُمِّ الابنِ من الرضاع ؛ فإنهما لا يَحْرُمَانِ من الرضاع ، وإنما يحرمان من النّسب ؛ للمصاهرةِ والزوجيّةِ[٣] .

* * *

(١) هو أفلح أخو أبي القعيس ، صحابي جليل وهو عم عائشة (رضي الله عنها) من الرضاع ، وكنيته أبو الجعد . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١ / ١٢٤) .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٢٤٩) كما في الفتح (٦٧) كتاب « النكاح » (١١٧) باب « ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع » حديث (٥٢٣٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : جاء عمي من الرضاعة ، فاستأذن عليّ ، فأَبَيْتُ أن آذن له حتى أسأل رسول اللّه فجاء رسول الله ﷺ فسألتُه عن ذلك ، فقال : إنه عمك ؛ فَأْذَني له ، فقالت : يا رسول، إنما أرضعتني المرأةُ ولم يُرْضِعْني الرجلُ ، فقال رسول الله ﷺ : إنه عمك فَلْيَلِجْ عليكِ » قالت عائشة : وذلك بعد أن ضُرِبَ علينا الحجاب » . ورواه مسلم (٢ / ١٠٦٩) (١٧) كتاب « الرضاع » (٢) باب « تحريم الرضاعة من ماء الفحل » حديث (١٤٤٥) . ورواه أبو داود (٢ / ٥٤٧) حديث (٦ / ٩٩) . وابن ماجه (١ / ٦٢٧) حديث (١٩٤٨) جميعًا من طرق عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « بالمصاهرة والزوجية » .

فصل
في مسائل تتعلَّق بالفحل خاصةً

فنقول : إنما تثبت الحرمةُ من الفحل إذا أرضعتْ بلبانه [1] ونُسِب اللبن : يُنْسَب الولد إليه [1] ، وكلُّ ولدٍ مَنْفِيٍّ عنه فاللبنُ الحاصلُ بسببهِ مَنْفِيٌّ [2] عنه كولد الزّنا [3] ، والولدِ المنفيِّ باللِّعان [4] .

وأما لبنُ المولود من وطء الشبهة ، فالصحيحُ أنه منسوبٌ [إليه] [5] كالولد ، وقد نُقِلَ فيه قولٌ ، ووجهُه أن النسبَ يثبت للضرورة ، ولا ضرورةَ في الرضاع ، وكذا طردوا هذا القولَ في الصِّهْر .

فرعان

أحدهما : أنه لو وُطِئَتِ المنكوحةُ بالشبهةِ ،وأتتْ بولدٍ بحيث يُعْرض على القائف ، وفَرَّعْنَا على الصحيح في ثبوت الرضاع بوطء الشبهة : فالرضاعُ تَبَعٌ للنسبِ ، فإذا أرضعتْ صغيرًا ، فهو ولدُ مَنْ أَلْحق القائفُ به المولودَ [6] . فإن لم يكن قائفٌ ، وبلغ المولودُ ، وانتسب إلى أحدِهما : تَبِعَه المرتضِعُ في الرضاع . فإن مات قبل الانتساب ففي الرضيع ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه ينتسب بنفسه كالولدِ [لأنه تابع ، والآن مات المتبوعُ فقام مقامه] [7] ولكن هو ينتسب عند عدم الولد .

---

(١) في (أ) : « ونُسِبَ اللبنُ إليه – نسب الولد » وهو أوضح .

(٢) في (أ) ، (ب) : « منتفٍ » .

(٣) يعني إذا زنا بامرأة ، ووضعت ، فنزل اللبن ، ورضعت طفلة من هذا اللبن ، فلا تحرم على الزاني ؛ لأنها ليست ابنة له من الرضاع ، ولا تحرم على ابنه ؛ لأنها ليست أخته رضاعًا ، فلا حرمة لماء الزاني ولا للبنٍ نزل بسبب الزنا .

(٤) في (أ) : « والولد المنتفي باللعان » .

(٥) زيادة من (أ) ، والضمير في قوله : « إليه » يرجع إلى الواطيء .

(٦) وهو إما زوجُ الموطوءةِ بالشبهة ، وإما الواطيء نفسه .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنه لا ينتسب ؛ لأن الولد يَبْني [1] على مَيْلٍ في الطبع تقتضيه الخلقةُ ، وذلك لا يتحقق في الرضاع ، فعلى هذا ، نَسَبُه في الرضاع مُبْهَمٌ بينهما ، فيحرم عليه مواصلتُهما جميعًا [2] ، وهذا هو الأصحّ .

والثالث : أنّ الأمر موقوفٌ ، والحرمة قائمة ، وعليه أن لا يُوَاصِلَهما جميعًا ، ولكنْ له مواصلةُ أحدِهما ، وإذا فعل ، تعينَّ ، ولم يَجُزْ له بعد ذلك مواصلةُ الثّاني وإن طلق الأول . وفيه وجهٌ : أن له مواصلةَ الثّاني مهما طلق الأول ، وإنما يحرم عليه الجمعُ ؛ لأنه يُتيقَّنُ التحريم [3] عند الجمع ، لا عند الإفراد . وفي المسألة قول خر : أنه يثبت نَسَبُه في الرضاع [4] منهما ؛ لأنه يُحْمل أبوانِ من الرضاع ، ولا يُحْمل من النسب . وهذا ضعيفٌ ، إلا أن يُرَاد به شمول التحريم ، وذلك صحيحٌ .

الفرع الثاني : إذا طلَّق زوجتَه ، ولبنُها دَارٌّ ، فهو منسوبٌ إليه أبدًا . وكذلك لو انقطعَ وعادَ ، ما لم تضعْ حملًا من واطيءٍ آخرَ . وقيل : إنه يتقدَّر بأربع سنين ، وهو أَقْصى مُدة الحمل . وهو فاسد ؛ لأن اللبنَ لا تتقدّر مُدّتُه . ومهما وضعتْ حملًا من واطيءٍ لخر شبهةٍ ، أو نكاحٍ : انقطعَ نِسْبةُ اللبن عنه ، أما في مدة الحمل في النكاح الثاني ، فهو منسوبٌ إلى الأول إن قال أهلُ البَصَر [5] : لم يدخل وقتُ دُرورِ اللبنِ من الثاني . فإن قالوا : دَخلَ ، ففيه نَظَرٌ .

فإن كان اللبنُ لا ينقطع ففيه ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدهما : أنه للأول استصحابًا [6] .

والثاني : أنه لهما .

والثالث : أنه إنْ زاد اللبن فلهما ، وإلا فهو للأوّل .

---

(١) أي يبني انتسابه .

(٢) وعليه ، فإن كان هذا الرضيع ذكرًا ، لم يَجُزْ له نكاحُ ابنة أحدهما ؛ لأنا نقطع أنه أخٌ لإحداهما ، وذلك عند تحقُّقِ الانحصار فيهما .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يتحقق التحريم ... » .

(٤) في (ب) : « من الرضاع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أهل البصيرة » .

(٦) وهذا القول هو المشهور في المذهب كما في الروضة (٩ / ١٩) .

وأما إذا كان قد انقطعَ وعادَ بالحمل ، فثلاثةُ أقوالٍ :

أحدهما : أنه للأول ؛ إذ لم يَطْرأْ قاطعٌ معلومٌ ؛ فلا نُبالي بقولِ أهل البصر : إنَّ ذلك جائزٌ ، ولا بانقطاع اللبن (١) .

والثاني : أنه للثاني ؛ لأن الحمل ناسخٌ .

والثالث : أنه لهما جميعًا . [والله أعلم] (٢) .

* * *

(١) أي ولا نبالي أيضًا بانقطاع اللبن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في بيان الرضاعِ القاطعِ للنكاحِ وحكمِ الغُرْم فيه

ويشتمل هذا البابُ على غوامضِ الكتابِ ، ولابُدَّ من تقديمِ أصلين :

أحدهما : في الغُرْم .

والثاني : في التفاف المصاهرةِ بالرضاع .

الأول : في الغرم :

فإذا كان تحتَه صغيرةٌ ، فأرضعتْها أُمُّه [(١)] ، أو امرأتُه بلبانهِ ، حرمت زوجتُه الصغيرةُ ، وانقطعَ النكاحُ ، وعلى الزوج نِصْفُ المسمّى قبل المسيس وجميعه - حيث ينقطع النكاح بمثله [(٢)] - بعد المسيس . وأما المرضعة فقد فَوَّتتْ ملكَ النكاح عليه فلابُدَّ وأن تغرم . وقد نَصَّ الشافعي (رضي الله عنه) « أن عليها قبل المسيس نصف مهر المثل » [(٣)] . ونَصَّ في شهود الطلاق - إذا رجعوا - « أنهم يغرمون جميع مهر المثل » ، فقيل : قولان في المسألتين بالنقل والتخريج ، ينظر في أحدهما إلى أنّ المستقِرَّ هو النصفُ ، وفي الثاني - وهو الأصح - أنّ المِلْكَ بكمالِه مُسْتقرٌ ، وإنما يسقط الشَّطْرُ بالطلاق فيجبُ جميعُ المهرِ . ومنهم مَنْ فَرَّق بأن الشهودَ لم يَقْطعوا - باطنًا - مِلْكه [(٤)] وإنما أوقعوا حيلولةً ، والإرضاعُ قطعَ النكاحَ ، والقطعُ قبل المسيس لا يُوجِبُ إلا النِّصفَ . ومنهم من أقَرَّ النّصّ [(٥)] في الشهودِ ، وخرَّجَ منه قولًا إلى الرضاع أنه يجب التمامُ ، وهو مُتَّجهٌ في القياس . وذكر بعض أصحابنا قولينْ آخريْن :

أحدهما : أنه يغرم نِصفَ المسمَّى ؛ لأنه الذي فات على الزوج مُتقَوَّمًا ، أما البضعُ فلا

---

(١) في الأصل : « أمته » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « حيث ينقطع النكاح بمثله » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) انظر الأم (٥ / ٣٢) . مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يقطعوا باطنَ ملكِه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « النصين » .

يُتَقَوَّم [١] ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

والثاني : كمال المسمى ؛ لأنه الذي بذل الزوج ؛ إذ التشطير / خاصية الزوج . ٢٢٢/ب

وفي الشهود قول خامس : أنّ الزوجَ إن كان بذل كمالَ المسمى ، وَجَبَ كمالُ المسمّى ؛ لأن الزوجَ مُنْكِرٌ للطلاق [٣] ، فلا يُمْكِنُه استردادُ شَطْرِ المسمى .

أما إذا جرى بعد المسيس بأن كان تحته كبيرةٌ وصغيرةٌ ، فأرضعتْ أمُّ الكبيرةِ الصغيرةَ ، [٤] حتى صارَتَا أُختين فحرم جميعهما ، اندفعا على الصحيح [٤] ، وفيما تغرم لأجلِ الكبيرةِ الممسوسة قولان :

الصحيح المقطوعُ به : أنها تغرم كمالَ مهرِ المثل .

والثاني : أنها لا تغرم شيئًا ؛ لأنّ الزوجَ بالوطءِ استوفى ما يقابلُ المهرَ ، وكذلك [٥] إذا ارْتدَّتْ بعد المسيس ، لم تغرم شيئًا .

وهذا كلُّه إذا كان الرضاعُ منها قَصْدًا ، فلو كانتِ المرضعةُ نائمةً ، فدبَّتْ [٦] الصغيرة إليها ، وامتصَّتْ ، فالفسخُ محالٌ على الصغيرة حتى يسقط كمال المسمى ، ولا تغرم المرضعةُ لعدمِ القصدِ .

ولا خلافَ في أنَّ فِعْلَها في الارتضاع [٧] لا يُعتبر مهما كانت المرضعةُ قاصدةً ، بل يُحَال على جانب المرضعة . وذكر الشيخ أبو عليّ في النائمة وجهين آخرين :

أحدهما : أنه يُحَال على المرضعة ؛ لأنها صاحبةُ اللبنِ فتنسب إليه [٨] . وهذا ضعيفٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يُقوّم » .

(٢) انظر : المبسوط (٥ / ١٤١ وما بعدها) . الهداية (١ / ٢٤٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكر الطلاق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حتى صارتا أختين ، حرمتا جميعا ، واندفعتا على الصحيح » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولذلك » .

(٦) في (أ) : « فَدَنَتْ » .

(٧) في (أ) : « الإرضاع » .

(٨) في (أ) : « فينسب إليها » .

والثاني : أنها لا تغرم ؛ لأنها لم تَقْصِد ، وتستحقُّ الصغيرةُ نِصْفَ المسمى ؛ إذ لا عِبْرَة بفعلها .

أما إذا قطرت قطرة من اللبن ، فَطَيَّرها الريحُ إلى فمِ الصغيرة [١] ، فلا غُرْمَ على صاحبةِ اللبن ، والصغيرةُ تستحقُّ شَطْرَ المهر ؛ إذْ لا فعلَ لها ، ويرجع وجهٌ في النظر إلى صاحبة اللبن .

الأصل الثاني [٢] : في التفاف المصاهرة بِالرّضاع .

فنقول : إذا أرضعت [امرأة] [٣] صبيةً ، فنكحَ الصبيةَ رجلٌ : حَرُمَ عليه المرضِعةُ ؛ لأنها أمُّ زوجتِه ، والأمومةُ سابقةٌ على الزوجيّة . فلو نكح صبية وأبانها ، فأرضعتْها كبيرةٌ : حرمتِ الكبيرةُ على المطلِّق ؛ لأنها صارتْ أُمَّ صغيرة كانتْ زوجتَه ، ⁽٤ إذ لا يُنْظر إلى التاريخ والتقديم والتأخير ٤⁾ ، وهذا متفق عليه . ⁽٥ والمطلقة أو المستولدة إذا نكحتْ صغيرًا ، ثم أرضعته بلبان الزوج أو السيد : حرما على المطلِّق والسيد ؛ لأن الرضيع صار ابنًا ، وهي كانت زوجته قبل أن صار ابنًا ٥⁾ [فصارتا أم الزوجة] [٦] .

وكذلك لو نكح زيدٌ كبيرةً ، وعمرو صغيرةً ، ثم طلَّقاهما [٧] ، ونكح كلٌّ واحدٍ زوجةَ صاحبِه ، فأرضعتِ الكبيرةُ الصغيرةَ : حَرُمَت الكبيرةُ عليهما ، لأنها صارتْ أُمَّ صغيرةٍ هي زوجتهما . وأَمَّا الصغيرةُ ، فإن لم يكن زيدٌ قد دخل بالكبيرة لمَّا كانتْ تحته - فنكاحُ الصغيرةِ باقٍ ؛ لأنها صارتْ ربيبةَ امرأة لم يدخلْ بها . فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمتِ الصغيرةُ ، وانفسخ النّكاحُ ؛ لأنها ربيبةُ مَدْخُولٍ بها .

فإن تمهَّد [٨] هذان الأصلانِ انْشَعَبَ منهما [٩] صُوَرٌ :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الصبية » .

(٢) في الأصل : «الفصل الثاني » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « إذ لا ينظر في التقديم والتأخير » .

(٥) في (أ) ،(ب) : « والمطلقة والمستولدة إذا أرضعتا بلبان الزوج - أو السيد - صغيرة ، كان قد نكحها الزوج - أو السيد - حرمتا على المطلِّق والسيد ؛ لأن الرضيع صارت بنتا ، وكانت زوجته قبل أن صارت بنتا » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ثم طَلَّقَا » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فإذا تمهَّد » .

(٩) في (أ) : « منها » .

الصورة الأولى [1] : إذا كان تحته صغيرةٌ وكبيرةٌ ، فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ بلبان الزوج : حَرُمَتَا عليه على التَّأبيد ؛ لأنّ الكبيرة صارتْ أُمَّ الزوجةِ ، والصغيرة صارتْ وَلَدَ الزوجِ . فإن أرضعتْها بلبان غيره ، وكان بعد الدخول بالكبيرة [2] : حَرُمَتَا على التأبيد ؛ لأن الكبيرةَ صارتْ أمَّ الزوجةِ ، والصغيرةَ ربيبة مدخولٍ بها . وإن كان قبل الدخول حرمت الكبيرةُ مؤبدةً ؛ لما سبق ، وانفسخ نكاحُ الصغيرة ؛ لأنها اجتمعت مع الأمِّ في النكاحِ . ولا يَحْرم تجديدُ نكاحِها ؛ لأنّها ربيبةُ غيرِ مدخولٍ بها . أما الغرم فإنْ ظهر فعلُها [3] ، يسقط مهرها قبل الدخول ، وغُرْمُ مهرِ الصغيرةِ كما سبق .

الصورة الثانية : لو كان تحته كبيرةٌ [4] ، وثلاثُ صِغار ، فأرضعتْهنَّ [5] دفعةً ، بأنْ حلبت اللبن فأوجرتهنَّ دفعةً : حرمت هي على التَّأْبيد ؛ لأنّها أُمُّ زوجاتِه ، وانفسخَ نكاحُ الصِّغار لمعْنَيَيْن :

أحدهما : ثُبوتُ الأُخوّة بينهنَّ .

والثاني : اجتماعُهن مع الأُمِّ في النكاح .

ولم يَحْرُمْنَ مؤبّدًا ؛ لأن تحريمهنَّ بسبب الاجتماع ، ولكنْ بشرط أن لا يكون الارتضاع بلبان الزوجِ [6] وأن يكون قبل دخوله بالكبيرة حتى لا يَصْرِنَ ربائبَ مدخولٍ بها .

وإن أرضعت الأُولَيَيْنِ ، ثم الثالثةَ : انفسخَ نكاحُها مع الأُولين ، ولم ينفسخْ نكاحُ الثالثة ؛ إذْ لم يَبْقَ في نكاحه امرأةٌ حتى يمتنع الاجتماعُ . فلو أرضعتْ واحدةً فواحدةً على الترتيب ، انفسخ نكاحُ الكبرى مع الأولى ، ولم ينفسخْ نكاحُ الثانية في الحال . وهل ينفسخ مع نكاح الثالثة وقد أرضعتْها وتحته الصغيرةُ الثانية ؟ فيه قولان :

---

(١) في الأصل « الأولى » بدون كلمة « الصورة » ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « بالكبيرة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن ظهر بفعلها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان تحته صغيرة » وهو خطأ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فأرضعت » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكن بشرط أن يكون الإرضاع لا بلبان الزوج » .

أحدهما : نعم ، وهو القياس ؛ لأنهما أُختان ، فليستْ إحداهما بالاندفاع أولى من الأخرى .

والثاني : أنه تختصُّ الثالثةُ باندفاع نكاحها ؛ لأنَّ سبب الجمع وُجِدَ بإرضاعها .

وكذلك لو أرضعتْ أجنبيةٌ صغيرتَينِ تحتَ زوج واحد على التَّوالي : اندفع نكاحُ الثانيةِ ، وفي الأُولى قولان [1] .

وكذلك لو أرضعتْ أُمٌّ إحدى الصغيرتين الأخرى ، انفسخ نكاح / المرتضعةِ ، وفي الأخرى ٢١٧/أ القولان ، والأصحُّ في الكلِّ التدافعُ ، وهو اختيارُ المزني (رحمه الله) [2] .

ولو كان تحته أربعٌ صغار ، فجاء ثلاثُ خالاتٍ للزوج من جهة الأَبِ والأُمِّ ، وأرضعتْ كلُّ واحدةٍ واحدةً : لم ينفسخ نكاحهن ؛ لأنهنّ صِرْنَ بناتِ الخالات . فلو جاءت بعد ذلك أُمُّ أُمِّ الزوج ، أو امرأةُ أَبِ لأُمِّ الزوج [3] ، وارتضعت الرابعة [4] : حرمت هي مؤبَّدًا ؛ لأنها صارتْ خالةً للزوج ، وصارتْ خالةً للصغائرِ الثّلاث ؛ إذ صارتْ أختًا للخالةِ التي أرضعتْهُنَّ - وأُخْتُ الخالةِ خالةٌ - فينفسخ نكاحُها ، وفي انفساخ نكاح الثلاث - وهي بناتُ أختها [5] ، وقد اجتمعنَ في النكاح معها - قولان ؛ لأن سببَ الجمعِ محقَّقٌ منها .

المسألة بحالها : لو كانتِ [6] الخالاتُ متفرِّقاتٍ ، إحداهن للأَبِ والأُخرى للأُمِّ [7] ، والأُخرى للأَبِ والأمِّ ، وجاءتْ أُمُّ أُمِّ الزوجِ ، وارتضعت الرابعة [8] : انفسخَ نكاحها ، وأَمَّا الصغائرُ الثلاثُ ، فالتي أَرْضعتها الخالةُ للأَبِ لا ينفسخُ نكاحُها ؛ لأنَّ الخؤولةَ للرابعةِ حَصَلَتْ من جهةِ أُمِّ أُمِّ الزوجِ ، والخالةُ للأَبِ لا تَتَّصل بها .

المسألة بحالها : لو جاءت امرأةُ أَبِ أُمِّ الزوجِ ، وأرضعتْ الرابعةَ بلبانِ أَبِ أُمِّ الزوج : ينفسخُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي الأولى القولان .. » .

(٢) انظر مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو امرأة أبِ أمِّ الزوج » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وأرضعت الرابعة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهن بنات أختها » .

(٦) في (أ) : « لو كان » .

(٧) قوله : « والأخرى للأم » ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « وأرضعت الرابعة » .

نكاحُها ؛ لأنها صارتْ خالةَ الزوجِ للأَبِ . وهل ينفسخ نكاحُ الثلاث ؟ أَمَّا التي أرضعتْها الخالةُ للأَبِ ، أو للأَبِ والأُمِّ ، ففي انفساخ نكاحها قولان ، ولا ينفسخُ نكاحُ التي أرضعتْها الخالةُ للأُمِّ ؛ لأنها أجنبيةٌ منها ؛ لأن الخؤولةَ ثبتت لها من جهةِ أَبِ أُمِّ الزوجِ ، وهي خالةٌ من جهةِ أُمِّ أُمِّ الزوجِ ، ويخرج على هذه القاعدة ثلاثُ عَمّاتٍ مجتمِعاتٍ أو متفرِّقات ، وفُرِضَ إرضاعُ الرابعةِ من أُمِّ أَبِ الزوجِ ، أو امرأةِ أبِ أَبِ الزوجِ .

الصورة الثالثة : تحتَه كبيرةٌ وثلاثٌ صغائر ، وللكبيرةِ ثلاثُ بناتٍ كبارٍ ، فأرضعتْ كلُّ بنتٍ كبيرةٍ [للكبيرة] [(١)] صغيرةً ؟ فإن كان بعد الدخول ، حَرُمت الكبيرةُ مؤبَّدًا ؛ لأنها صارتْ جَدَّةً للصغائر [(٢)] ، وحَرُمَت الصغائرُ مؤبَّدًا ؛ لأنهنّ ربائبُ مَدْخولٍ بها . وإن كان قبل الدخول ، انفسخَ نكاحُهُنَّ ، ولم يَحْرُمْ على التَّأبيد إلا الكبيرةُ ؛ فإنها أُمُّ الزوجات ، وإنما ينفسخُ إذا جرى الإرضاع دفعةً من غير توالٍ [(٣)] ، وإنْ جَرَى على التَّوالي انفسخ نكاح الأُولى مع الأُمِّ ، ولا ينفسخُ نكاحُ الثانيةِ والثالثةِ .

فإن حلبن اللبن في ظَرْف واحد وأَرْضَعْنَ دفعةً : اندفع نكاح الكلِّ ، والمرضِعَاتُ يشتركْنَ في غرامة مهور الصغائر في هذه الصورة ؛ لامتزاج اللبن .وإن انفردَتْ كلُّ واحدة بالإرضاع معًا : انفردتْ كلُّ واحدةٍ بغرامة مهرها ، واشتركنَ في غرامة مهر الكبيرة ؛ إذْ كُلُّ واحدة أَتَتْ بعِلَّة كاملة في دفع نكاحها .

الصورة الرابعة : نَكحَ كبيرتَيْنِ وصَغيرتَيْنِ ، فأرضعت كبيرةٌ بلبانه الصغيرتيْنِ على الترتيب ، وكذلك فعلت الكبيرة الثانية – حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الأبَد ، غيْرَ أَنَّ الكبيرةَ لما أرضعت الصغيرة الأُولى ، أفسدتْ نكاحَ نَفْسِها ونكاحَ تلك الصغيرة ؛ لأنها صارتْ أُمَّ الزوجة ، وصارت الصغيرةُ بِنْتًا ، ولما أرضعتِ الثانيةَفَسَدَ نكاحُ الثانيةِ ؛ لأنّها أيضًا صارتْ [(٤)] بِنْتًا ، فسقطَ مَهْرُ الكبيرةِ إنْ كان قبل الدخول ، وتغرم مَهْرَ الصغيرتين كما سبق . وأما الكبيرةُ

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (ب) : « جدة الصغائر » .

(٣) في الأصل : « من غير توالي » والصواب « توالٍ » .

(٤) في (أ) : « لأنها صارت أيضًا » .

الثانيةُ فلم تُفْسِدْ إلا نكاحَ نفسِها ، فلا مَهْرَ لها ، ولا شيءَ عليها .

أما إذا لم يكن بلبانِ الزوجِ ، فلا تصير الصغيرةُ بنتًا ، بل ربيبةً ، فلا يخفى حكمها قبل الدخول وبعده . (1) وحكم الآية قائمٌ بالإجماع قبل الدخول (1) .

* * *

(١) في (أ) : « وحكم الاندفاع بالإجماع قبل الدخول » .

الباب الرابع
في النِّزاع

والنَّظَر في الدَّعْوى ، والحلفِ ، والشهادةِ :

أما الدعوى : فإن توافقا على الرضاع ، حُكِمَ باندفاعِ النّكاحِ ، ولا يَجِبُ إلا مهرُ المثل إنْ جرى مَسيسٌ . وإن ادَّعى أحدُهما قُضِيَ بموجبِ قولِه فيما عليه ، وطُولِبَ بالبيّنةِ فيما لَهُ . فإن [ادَّعى] [1] الزوجُ ، اندفعَ النّكاحُ ولم يَسْقط مَهْرُها بقوله . وإن ادَّعَتِ المرأةُ سقَطَ مهرُها إن لم تكنْ قَبضَتْ ، وإن جرى القبضُ ، فلا يَقْدِرُ الزوجُ على الاسترداد ؛ لأنه مُنْكرٌ للرضاع .

أما التحليفُ : فالمنْكِر يحلف على نَفْيِ العلم بجريان الرّضاع ؛ لأن الرضاع فِعْلُ الغير ، ولا نَظَرَ إلى فعلها في الإرضاع [2] ؛ لأنها كانتْ صغيرةً . فإن نَكَلَتْ حلفَ الزوجُ على البَتِّ بجريانِ الرضاع . وقال القَفال : « يحلف على العلمِ بجريانِ الرضاع لِتُطَابِقَ اليمينُ المردودةُ يمينَها على الضِّدِّ » والصحيحُ أنّ ذلك ذَكَرَه على سبيل الاستحباب ، وإلَّا فإذا حلف على الرضاع جزمًا ، كَفَى .

أما الشهادة : فلها طرفان [3] :

الأول : عددُ الشهود وصِفَتُهم ، فلابد / من أربعِ نسوةٍ . وقال مالك (رحمه الله) : « يكفي اثنتان » . ٢٢٣/ب وتُقْبَلُ شهادةُ النّسوةِ وَحْدَهُن ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لابُدَّ من رجلين أو رجل وامرأتين [4] » .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « الارتضاع » .

(٣) في الأصل : « فلها أطراف » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية :** أنه لابد من شهادة أربع نسوة في إثبات الرضاع . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٩) . الروضة (٩ / ٦) . الغاية (٢ / ٨٦٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع ، ويثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

ومذهب المالكية : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأتين ، ويثبت عندهم أيضًا بشهادة رجل مع امرأة .

انظر : تفصيل المذهب في : الكافي ص (٤٧٠) . القوانين الفقهية (٢١٢) . حاشية الدسوقي (٢ / ٥٠٧) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٨٢) .

=

ولو شهدت أُمُّ المرأة وابنتُها ، لم تُقْبَلْ إن كانتْ هي المدَّعيةَ ، وإن كانت منكرةً قُبِلَ عليها .

ولو ابتدأ الشهادةَ [1] مِن غير دعوى على سبيل الحِسْبة ، قُبِلَ ؛ إذْ ربما تكونُ عليها ، وربما تكونُ لها ، وشهادةُ الحسبة تُقْبل في الرضاع كما في الطلاق . وتُقبل شهادةُ المرضعة وإن شهدتْ على فعلها ؛ إذ ليس تَقْصِدُ إثباتَ الفعل ، بل وصولَ اللبن ، إلا إذا كان غَرَضُها الأُجْرةَ ، فلا تُقْبل ، وقال الفُوراني : لو شهدتْ على أنها ارتضعت مِنِّي ، قُبِلَ [2] . ولو قالتْ : « أشهد أنِّي أرضعتُها » فلا تُقبل ؛ لفسادِ الصيغة .

الطرف الثاني : في التحمّل . ويحصل ذلك بأنْ يُشَاهِدَ الصغير قد التقم الثدي وهو يتجرع ، [3] وتتحركُ حنجرته مستَجِرًّا [3] حركة يحصل له [بها] [4] علمٌ بوصول اللبن إلى جوفه مِنْ قرينة الحال . والظَّنُّ الغالبُ كالعلم [كما] [5] في الشهادة على الملك ، ولكن عند أداء الشهادة ينبغي أن يجزم القولَ بأنَّ بينهما رضاعًا مُحَرِّمًا . فإن شهدَ على الإرضاع فليذكرْ شرائطَه من الوقتِ والعدد وهل يجبُ ذِكْرُ وصول اللبن إلى الجوف ؟ فيه خلافٌ [6] .

ولا شكَّ في أن القاضي لو استفصل فعليه ذلك ، ولكن لو مات الشاهدُ قَبْلَ التفصيلِ ، فهل للقاضي التوقُّفُ ؟ فيه وجهان . ومَنِ اكتفى بدونِ ذلك ، عَلَّل بأنَّ الوصولَ إلى الجوفِ لا يُرَى ، بخلافِ وُلُوجِ الآلةِ في الزنا ، فإنه يُرَى . ولا خلافَ في أنّه لو حَكَى القرائنَ التي شاهدها في الرضاع ، لم يُقْبَلْ إن كان ذلك مُسْتند علْمِه .

= ومذهب الحنابلة : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأة واحدة ، وذلك إذا كانت مَرْضِيَّةً في دينها ، وسواء كانت متبرعة بالرضاع أم بأجرة . وظاهر المذهب أنه سواء شهدت على فِعْل نفسِها أو على فِعْلِ غيرها . وعن أحمد رواية : أنه لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وعنه رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواجدة مقبولة ، وتُسْتحلف مع شهادتها .

انظر : المغني لابن قدامة (٧ / ٥٥٨) . المبدع (٨ / ١٨٠) . منار السبيل (٢ / ٢٩٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو ابتدأت الشهادة » . (٢) في (أ) : « قُبلت » .

(٣) في (أ) : « ويتحرك حركته مُسْتَجِرًّا » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قطع المتولي وغيره ، كما يشترط ذكر الإيلاج .

كِتَابُ النَّفَقَات

والأسبابُ الموجبة للنفقات [1] ثلاثةٌ :

الزوجية .

والقرابة .

ومِلْكُ اليمينِ .

---

(١) في (أ) : « للنفقة » .

السبب الأول

الزوجية

ويجب على الزوج النفقةُ بالاتفاق ، وهي خمسةُ أشياء : الطعامُ ، والإدامُ (١) ، والكسوةُ والسُّكْنى ، وآلةُ التنظيف ، كالمشْط والدّهن ، والخادم إن كانت ممن تُخْدم .

ثم الخادم (٢) تستحق الطعام والأُدْم والسُّكنى والكسوة ، وتستحق الخفَّ ؛ لتردُّدِها في الخروج . والمرأةُ لا تستحقُّ الخفَّ بل المِكْعَب (٣) للتردد في المسكن .

ولا تستحقُّ الخادمةُ آلةَ التنظيف . ولا تستحق الزوجةُ المعالجةَ بالداء (٤) ، والفَصْد ، والحجامة .

وشرحُ هذه الأمور – مع مُسْقِطات النفقة – في ثلاثةِ أبواب :

---

(١) الإدام : ما يُؤتدم به ، مائعًا كان أو جامدًا . وجمعُه : أُدْم ، بضم الدال وقد تسكن تخفيفًا . انظر : أساس البلاغة ص (٤) . المصباح المنير (١ / ١٧) . القاموس المحيط ص (١٣٨٨ وما بعدها) مادة (أ د م) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ثم الخادمة » وكلاهما صحيح . انظر القاموس ص (١٤٢١) .

(٣) المِكْعب بوزن مِقْوَد : هو المداس لا يبلغ الكعبين ، وهو كلمة غير عربية . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٢٤) .

(٤) في (أ) : « بالدواء » .

البَابُ الأوَّل

في قَدْرِ النَّفَقة ، وكَيْفِيّة الإنْفَاق

وشَرْحُه في فصلين :

الفَصْلُ الأوَّل

في المقدار

والكلام في هذه الأشياء المذكورة ، وهي ستة [أشياء] (١):

الواجب الأول : هو الطعام . وهو مُدٌّ (٢) على المعْسِر ، ومُدَّانِ على الموسِر ، ومُدٌّ ونصف على المتوسط . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إنه لا يُقَدَّر ، بل الواجب قَدْرُ الكفاية ، كنفقة القريب (٣) . ونقل الشيخُ أبو محمد قولًا غريبًا على موافقته . ونقل صاحبُ « التقريب » [قولًا] (٤) أن الزيادة على المدّ لامردَّ له ، فهو إلى فرض القاضي . والمذهبُ : هو الأول ، ومستندُه : أن اعتبار الكفاية لا يصح ، مع أنها تستحقّ في يوم مرضها وشبعها . فإذا بطلت

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) المدّ : وهو يساوي خمسمائة وثلاثة وأربعين جرامًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٥٠) . .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الواجب من قوت المرأة على زوجها مقدرٌ ، وذلك بحسب حال الزوج وحده ، وهو مُدَّان على الموسر ، ومُدّ ونصف على المتوسط ، ومُدّ على المعسر . انظر : الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٣٠) . روضة الطالبين (٩ / ٤٠) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٧) .

ومذهب الحنفية : أن الواجب من النفقة معتبرٌ بحال الزوجين ، ولا تقدير فيها ، وإنما هي بحسب كفايتها . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٠) . الاختيار (٤ / ٤) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٩٢) . الكافي ص (٢٩٨) . القوانين الفقهية ص (٢٦٦) . الشرح الصغير (٢ / ٧٣٨) . المقنع ص (٢٢٦) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٦٤) . زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . الإفصاح عن معاني الصحاح (٢ / ٨١) .

(٤) زيادة من (أ) .

الكفايةُ ، فأقلُّ طعامٍ أوجبه الشَّرْعُ المدُّ في الكفارات ، وهو القدر الذي يجتزىء به الزهيد ، ويتبلَّغ به الرغيب . وأقصاه مُدّان ؛ إذ أوجبهما [1] الشرعُ في الفِدْية [2] ، والوسطُ ما بينهما ، وقد ثبت أن ذلك يختلف ؛ لقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [3] ؛ فتقديرُ الله تعالى أَوْلى من تقدير القاضي ، وأحسنُ مستندٍ لتقدير القاضي تقديرُ الشرع . وإنما ينظر [4] إلى حال الزوج عندنا في العجز والقدرة ، لا إلى حالها .

والمُعْسِرُ : هو الذي لا يملك شيئًا أصلًا ، فعليه مُدٌّ ، ولا يزيد . فإن كان قادرًا على كسب الزيادة : فإن خرج عن حدّ استحقاق سهم المساكين بملك مالٍ ، نُظر [5] : فإن كثُرَ فهو موسِر ، وإن كان بحيث لو ألزمناه المدَّيْنِ ، أوشك [أن يرجع] [6] إلى حَدِّ المساكين : فهو متوسطٌ ؛ فعليه مُدٌّ ونصفٌ .

وليس على المكاتب والعبد إلا نفقةُ المعْسِرين ، وكذلك مَنْ نِصْفُه عبدٌ ونصفُه حرٌّ . وقال المزني (رحمه الله) : عليه نصفُ نفقةِ المعسرين ، ونصفُ نفقةِ الموسرين [7] . هذا حكم المقدار .

أما جِنْسُ الطعام : فغالبُ قوت البلدِ . فإن اختلف ، فما يَليق بالزوج . وإن كان حال

---

(١) في (أ) : « إذ أوجبه » .

(٢) يعني فدية إزالة الأذى في الحج ، ويدل عليه الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه (٤ / ١٦) (٢٧) كتاب « المحصر » (٥) باب قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُم مريضًا أَوْ به أَذًى مِنْ رأسِه ، ففديةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صدقةٍ أو نُسُكٍ ﴾ حديث (١٨١٤) . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ٨٦١) (١٥) كتاب « الحج » (١٠) باب « جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ، ووجوب الفدية لحلقه ، وبيان قدرها » . حديث (١٢٠١) بإسناده عن كعب بن عُجْرة قال : إن النبي ﷺ مَرَّ به ، وهو بالحديبية قبل أن يدخل مكة ، وهو محرم ، وهو يوقد تحت قدر ، والقملُ يتهافت على وجهه ، فقال : أيؤذيك هوامك هذه ؟! قال : نعم ، قال : فاحلق رأسك ، وأطعم فَرَقًا بين ستة مساكين (والفرق : ثلاثة آصُع) أو صُمْ ثلاثة أيام أو انْسك نسيكة » . ورواه الترمذي في سننه (٣ / ٢٨٨) حديث (٩٥٣) جميعًا من طرق عن مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عُجْرة به .

(٣) من الآية (٢٣٦) من سورة (البقرة) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإنما النظر » .

(٥) في (أ) : « يُنْظَر » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب).

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٢) .

الزوجِ يُخالف الغالبَ ، فهو في محلّ التردُّد .

الواجب الثاني : الأُدْم . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : مكيلة زيت أو سمن [(١)] . وهذا تقريبٌ ؛ إذْ لا تقديرَ في الشرع فيه ، وإنما الواجب ما يكفي مع المدّ أو المدّيْن ، والرجوعُ في الجنس إلى الغالب / في البلد أو [إلى] [(٢)] اللائق بحال الزوج . ٢٢٤/ب

وأما اللحم ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : رطلٌ من اللحم في الأسبوع ، إن كان الواجب مدًّا [(٣)] ، ورطلان للمدين[(٤)] . قال العراقيون : بنى الشافعي رضي الله عنه [هذا] [(٥)] على عادةِ بلدةٍ أَلِفَها ، فإن اقتضت عادةُ بلدةٍ أُخرى زيادةً على ذلك ، فينبغي أن يُزَاد . وقال القفال (رحمه الله) : لا زيادةَ عليه ؛ لأنا نقتصر على الأقلِّ [كما] [(٦)] في الطعام .

فرعان

أحدهما : لو كانت تزجى الوقتَ بالخبز القَفار [(٧)] ، فلا يَسْقط حقُّها من الأدم ، كما إذا لم تأكل [أصل] [(٨)] الطعام ، فإنها تستحق الطعام .

الثاني : لو تبرّمَتْ بِجنْسٍ واحد من الأدم ، فيجب على الزوج إبدالُه على وجه . ولا يجب في وجهٍ ، بل عليها الإبدالُ إن شاءت [(٩)] .

الواجبَ الثالث : الخادمة . وتجب نفقةُ خادمتِها إذا كان منصبُها يقتضي أنْ تُخْدم . وإن كان لا يليق بمنصبها – وإنما تُخْدم لمرضٍ – فلا يجب ؛ إذ لا تجب أسبابُ المعالجة .وإن كان بها

---

(١) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « مدّ » وهو خطأ واضح .

(٤) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٥ ، ٦) زيادة من (أ) .

(٧) أي الخبز بلا إدام . انظر أساس البلاغة ص (٣٧٣) . القاموس المحيط ص (٥٩٧ ، ٥٩٨) . المعجم الوجيز ص (٥١٠) مادة (ق ف ر) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٩ / ٤٣) .

زَمَانةٌ ومرضٌ دائم ، فهي كذلك تحتاج إلى الخادمة ، فهذا يحتمل ؛ لأن هذا العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة .

ثم على المعسِر للخادمة مُدٌّ ، وعلى الموسر مُدٌّ وثلثٌ ، كذلك قاله الشافعي (رضي الله عنه)[1] . وهو تقريبٌ لا تقديرٌ ، إذ لا تقديرَ للشرع فيه. نعم ، هو رطلان ، وهو لائق بالعادة في حقِّ الخادمة .

والصحيح : أنه يُنْظر إلى كفايتها ، إلا أن هذا القدرَ قدرُ الكفايةِ في الغالب . وفي استحقاق الأدم وجهان :

أحدهما :[2] نعم كالمخدومة [2] ، ولكن يجوز أن يكون أُدْمُها في الجنس أخسر [3] ، وفي المقدار ما يَليق بقدر طعامها [4] .

والثاني : أنه [5] لا تستحق ، بل تكتفي بما تفضله المخدومة في بعض الأحوال .

* * *

(١) انظر الأم (٥ / ٨٩) ، مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نعم لها الأدم كالمخدومة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أخس » .

(٤) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٩ / ٤٤) .

(٥) في (أ): « أنها » .

فروع

الأول : إذا لم تَمْلِكْ الخادمةَ ؛ فعلى الزوج أن يُخْدِمَها جاريةً ، أو حرةً بأجرة تُقَدَّر عليه [1] ، وعند ذلك لم يكن لها دخلٌ في مقدار نفقة الخادمة ، وإنما يكون ذلك إذا كانت الخادمة لها . وليس عليه أن يشتري لها جاريةً ، بل لو قال : أنا أخدم بنفسي في الطبخ والكنس ، فله ذلك ، لكنها تستحيي في الحمام وفي بيت الماء وفي بعض المواضع [فلها الامتناع ؛ صيانةً للمروءة][2] فيفيد ذلك جوازَ نقصانِ نفقة الخادمِ لنقصانِ الخدمةِ ، وعند ذلك يحتمل التشطير أو النظر إلى مقادير الأفعال .

أما إذا قالتْ : أنا أخدم بنفسي ، فأَعطِني نفقة الخادمة ، فالظاهر : أنه لا يُلزم ؛ لأنها أسقطتْ مرتبتَها ، وإنما تجب النفقةُ لضرورة بقاءِ المرتبة .

الثاني : لو كانت [3] لها خادمةٌ ، وأراد الزوجُ إبدالَها بسببِ ريبةٍ ، فله ذلك ، ولا يجوز بغير عُذْر ؛ لأنّ قطعَ الإلف إضرارٌ . ولو كان معها خُدّام ، فله إخراجُ الجميعِ إلا واحدةً ، ولا نُبالي بقطع الإِلف ؛ لأن الدار مِلكُه ، وليس عليه سُكْنَاهُنَّ ، بل له أن يمنع أباها وأمَّها عن الدخول عليها ، ويمنعَها عن الخروج لزيارتهما [4] ، ولكنَّ الأَوْلى أن لا يَفْعل ذلك .

الثالث : لو نكح رقيقةً ، وهي تُخْدم لجمالها ؟ ذكر العراقيون وجهين :

أحدهما : أنه لا تجب نفقة الخادمة ؛ لأن الرقَّ يُنَافي هذا المنصبَ [5] .

والثاني : [أنه] [6] تجب ؛ لأن العادة قد تَقْتضيه .

---

(١) في (أ) : « يَقْدِرُ عليها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : تستحيي في الحمام ، يعني أنها تستحيي إذا حمل زوجُها الماءَ من أجلها إلى الحمام ، فإنها تُعَيَّرُ بذلك بخلاف ما لو حملته لها الجارية ، أو صَبَّتْه عليها .

(٣) في (أ) : « لو كان » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لزيارتهم » .

(٥) والمذهب : أنه لا يجب إخدامها ، وبه قطع الأكثرون . انظر الروضة (٩ / ٤٦) .

(٦) زيادة من (أ) .

الواجب الرابع : الكسوة والأثاث . ولا تقديرَ للشرعِ فيه ، فإن العادة تختلف فيه اختلافًا بيِّنًا ، فلابُدَّ من الكفاية ، وهو خمارٌ وقميص وسراويل ومِكْعَب في الصيف ، ومثل ذلك في الشتاء مع زيادة جبّة .

أما جنسه ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « على الموسر لينُ البصرةِ ، وعلى المعسر غليظ البصرة ، وعلى المتوسط ما بينهما » (١) وأراد الكِرْباس (٢) . قال العراقيون : إن كان من عادتها الكتانُ والحريرُ ، لزم ذلك عليه ، وتتبع العادة . قال الشيخ أبو محمد : هي لُبْسَةُ أهلِ الدين ، والزيادةُ عليه رعونةٌ ، فلا مزيدَ عليه .

ولابُدَّ مع ذلك من ملحفة وشعار ، ومضربة وثيرة ، ومخدة ، ولبد تحت المضربة أو حصير . وهل لها طلبُ زِلِّية (٣) تفرشها بالنهار ؟ فيه وجهان . واقتصروا في الفراش على هذا القدر ، ولم يردوه إلى العادة . وهذا يدلُّ على أن الكسوة لا تزاد على ما ذكره الشافعي (رضي الله عنه) .

ولابُدّ من ماعون الدار : كجرة ، وكوز ، وقِدْر ، ومغرفة ، ويُكْتفى في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر . وأما النحاسيةُ فطِلْبَتُها ترفُّهٌ ، وقد يليق بالشريفة ، فهو كالزيادة على لين الكرباس .

أما الخادمة : فتستحق الكسوة أيضًا ، (٤ولكن تخالف جنسيةَ المخدومة ٤) وطعامُها لا يخالف في الجنس وفي إدامها ترددٌ .

الواجب الخامس : آلة التنظيف . وهو المشط والدهن ، وإن طلبت مزيدًا – كالكحل

---

(١) انظر الأم (٥ / ٨٩) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) وهو القطن ، وهي كلمة فارسية أصلًا . انظر القاموس ص (٧٣٥) . وفي « المصباح المنير » أنه الثوب الخشن . (٢ / ٨١٥) .

(٣) الزِّلِّية : بساط من صوف ، وجمعه « زلالي » وهي كلمة معربة . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٩) . القاموس المحيط ص (١٦٦٧) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولكن تخالف جنس كسوة المخدومة » .

والطِّيب – لم يجب . ويجب المَرْتَك [١] لقطع الصُّنان إن كان بحيث لا يَنْقطع بالماء والتراب . وإن قال الزوج : « الدهنُ للتجمل / وإزالةِ الوسخ ، ولا أُريد التجملَ ، وإزالةُ الوسخِ بغيره ممكنٌ » ٢٢٤/ب فهذا فيه احتمال [٢] .

ولا شك في أن للزوج مَنْعَها مِنْ تعاطي [أكل] [٣] الثوم وما يتأذى برائحته الكريهة .وله مَنْعُها من تناول السموم المهلكة . وهل له مَنْعُها من الأطعمة الممرضة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المرض يُفْضي إلى الموت ؛ كالسُّمِّ [٤] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك غيبٌ لا يُعْلم ، وتَتبُّعُ ذلك يطول .

وأما الخادمة : فلا تستحقّ آلة التنظيف ، ولكن إن تلبَّدَ شعرُها بحيث تتأذّى به ، فلابُدَّ من السَّعْي في الإزالة .

وأما الدواء في المعالجات ، فلا تستحقه الخادمةُ والمخدومةُ جميعًا .

الواجب السادس : السُّكْنَى . ويجب عليه أن يُسْكِنَها دارًا تليق بها : عاريةً ، أو إجارة ، أو شراءً ، ولم يُعْتبر في القوت والكسوة ما يليق بها ، بل ما يليق به بخلاف المسكن ، وكأنَّ ما لابُدَّ فيه من التمليك فَيُعْتبر جانِبُه ، وما يُرَاد به الانتفاعُ ، فيُعْتبر ما يَليق بها ، والله أعلمُ [٥] .

* * *

---

(١) شيء يُعَالج به الصنان والروائح الكريهة .

(٢) والذي عليه الشافعية هو القطع بوجوب الإجابة إليها . انظر الروضة (٩ / ٥٠) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٩ / ٥٠) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٩) .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) .

الفَصْلُ الثّاني

فِي كَيْفِيّةِ الإنْفَاق

أما الطعام فلابُدَّ فيه من تمليك الحبِّ مع مَئُونة الطحن ، والخَبْزِ ، وإصلاح اللحم : من الحطب ، والملح ، وأُجرة الطباخ . ولها الامتناعُ من قبول الخبز . وليس له أن يُكلِّفها الأكلَ معه ؛ فإنها لا تتسلط على التصرف ، ونفقتُها عوضٌ كالمهر .

فروع

الأول : لو أخذت الحبَّ واستعملتْه بذرًا ، فالظاهرُ : وجوبُ مئونةِ الإصلاح ، ويحتمل أن يُقال : الإصلاحُ تابعٌ ، وليس بركن مقصود ، فلا يستقِلُّ .

الثاني : لو كانت تأكل مع الزوج على العادة ، ففي سقوط نفقتها وجهان ، القياسُ : أنه لا تسقط ؛ لأنه لم يَجْرِ إسقاطٌ ولا اعتياضٌ صحيح ، لكن الأحسن الإسقاط [١] إذ لو جرى من امرأة في عصر الصحابة (رضي الله عنهم) طلبُ النفقة للزمان الماضي لَاسْتُنْكِر .

الثالث : لو اعتاضت عن النفقة دراهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : المنع ؛ كالاعتياض عن المُسْلَم فيه ؛ فإنه عوضٌ .

والثاني : أنه يجوز كقيم المتْلَفات ؛ لأنه لا يتحقق عوضًا [٢] .

ولو أخذت الخبز بدلًا عن الحبّ ، فوجهان مُرَتَّبان وأَوْلَى بالمنع ؛ لأنه ربًا [٣] . ووجهُ التجويز : أنها كالقابضة لحقِّها ؛ لأنها تركت مئونةَ الإصلاح .

الرابع : لها طلب النفقة صبيحةَ كلِّ يومٍ ، وليس عليها الصبرُ إلى آخر اليوم . ثم لو ماتت في

---

(١) وهو الصحيح من الوجهين . انظر الوجيز (٢ / ١١١) . روضة الطالبين (٩ / ٥٣) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٩) .

(٢) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٩ / ٥٤) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٨) .

(٣) وهذا هو المذهب ، ولكن قطع البغوي بجواز ذلك ؛ لأنها تستحق الحبَّ وإصلاحه ، وقد فعله الزوج . انظر الروضة (٩ / ٥٤) .

أثناء النهار لا تُسْتَرد ، بل هي تركةٌ لورثتها . ولو نَشَزَتْ في أثناء اليوم اسْتُرِدَّتْ . فلو قدَّم إليها نفقةَ أيامٍ ، فهل تملكها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كتعجيل الدَّيْن المؤجل (1) .

والثاني : لا ؛ لأن السبب غيرُ مستيقن فربما تموت .

ثم إذا ماتت ، وقلنا : إنها ملكت ، ففي الاسترداد وجهان ، أظهرهما : أنه يُسْترد . ولا خلاف أنه يُسْترد بالنشوز .

أما الكسوة ، فهل يجب التمليكُ فيها ؟ فيه وجهان (2) ؛ لِتردُّدِها (3) بين النفقة والمسكن (4) .

فروع

الأول : لو سَلَّم (5) إليها كسوةَ الصيفِ ، فتلفت (6) في يدها : يجب الإبدال إن قلنا : إنه إمتاعٌ . وإن قلنا : إنه تمليك ، فوجهان ، الظاهر : أنه لا يجب .

الثاني : لو أتلفتْ بنفسها ، وقلنا : إنه تمليكٌ ، فلا تجب الإعادة عليه . وإن قلنا : إنه إمتاع ، فالظاهر : أنه يجب ، ولكن يجب عليها قيمةُ المتلَف .

الثالث : لو ماتت في أثناء المدة ، فيسترد ثيابَها إن قلنا : إنه إمتاعٌ . وإن قلنا : إنه تمليكٌ فالصنْفُ بالنسبة إلى الثوب ، كاليوم بالنسبة إلى الطعام ، فهو تركةٌ . ولا شك في أنه يسترد بالنشوز .

---

(1) وهذا أصح الوجهين قياسًا على تعجيل الزكاة قبل وجوبها ، وعلى الأجرة . انظر الروضة (9/ 54) .

(2) والأصح أنه يجب فيها التمليك . انظر الروضة (9 / 55) .

(3) في الأصل : « لترددهما » .

(4) قوله : « لترددها بين النفقة والمسكن » أي : لتردد الكسوة بين النفقة التي يجب فيها التمليك ، وبين المسكن الذي هو إمتاع لا تمليك ، إذ يقصد به الانتفاع دون تملك العين ، وذلك بخلاف الطعام الذي لا يُقْصد منه إلا الاستهلاك .

(5) في (أ) : « لو أسلم » .

(6) في الأصل : « فتلف » والمثبت من (أ) .

أما الخادمة : فلا يجب شراؤها والتمليك في رقبتها . أما التمليك في نفقتها ، فكالتمليك في نفقة المخدومة ، ولا يُتَصَور هذا في [الرقيقة] [1] فإنها لا تملك ، ولا في المُسْتأْجَرة بأجرة ؛ فإنها لا تستحق سوى الأجرة ، بل في التي وعدت الخدمة بالنفقة ، فتستحق التمليك ، وإن لم يكن عقد لازم ، ويُحْتمل هذا لِأَجْل الحاجة في هذا الموضع .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

البَابُ الثّاني

في مُسْقِطات النَّفَقَة

ومسقطُ النفقةِ ما يمنع عليه الاستحقاقَ . وفيما تجب به النفقةُ قولان مُستنبطان من معاني[1] كلام الشافعي (رضي الله عنه) :

أحدهما : أنه تجب بمجرد العقد بشرط عدم النشوز ، ولا تجب بالتمكين ؛ بدليل وجوبها للرَّتقاء والمريضةِ ، فكأن العقدَ مُوجِبٌ ، والنشوزَ مُسْقِطٌ .

والثاني : أنها تجب بالتمكين ، على حسب الإمكان ؛ لأن العقد قد أوجبَ المهرَ ، فتكون النفقةُ عوضًا عن التمكين والاحتباسِ في حبالته[2] .

وفائدةُ القولين تظهر في النزاع ، فإذا تنازعا في النشوز : فإن قلنا : تجب بالعقد ، فالقولُ قولُها ؛ لأن الأصلَ عدمُ النشوز . وإن قلنا : تجب بالتمكين ، فالقولُ قولُه ، [3] وعليها إثباتُ التمكين ، وكذلك إذا لم يُطالب بالزفاف ، والمرأةُ ساكتةٌ ، إن قلنا : تجب [3] بالتمكين فلا نفقة لها . وإن قلنا / : تجب بالعقد ، فتجب ؛ إذ لا نشوزَ منها . ٢٢٥/أ

ولا خلافَ أنه تَسْقط النفقةُ بامتناع الاستمتاع بسببٍ من جهَتها – لا تكون معذورةً فيه – بخلاف المرضِ والرَّتَق .

والموانع أربعة :

الأول : النشوز . فإذا نَشَزت يومًا ، لم تستحقَّ نفقةَ ذلك اليوم . والنشوزُ في بعض اليوم ، هل يُسْقِط جملةَ النفقة ؟ فيه وجهان :

---

(١) ساقطة من (أ) .

(٢) وهذا القول هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) أن النفقة تجب بالتمكين وليس بمجرد العقد . انظر : الروضة (٩ / ٥٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧١) . مغني المحتاج (٣ / ٤٣٥) .

(٣) غير واضحة بالأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

أحدهما : نعم ؛ لأن حكم اليوم الواحد لا يتبعّض .

والثاني : أنه يُوزَّع على مقدار الزمان ، إلا إذا [كانت] [1] تنشز بالنهار دون الليل أو على العكس ، فإنه يتشطر ، ولا ينظر [2] إلى مقدار الأزمنة .

فروع

الأول : لو خرجت - بغير إذنه - فهي ناشزةٌ . ولو خرجت في حاجته بإذنه فلا . ولو خرجت في حاجة نفسها - بإذنه - ففي نفقتها قولان ، إن قلنا : تستحقّ بالعقد وتَسْقط بالنشوز ، فلها النفقةُ . وإن قلنا بالتمكين ، فلا .

الثاني : مهما طلب الزِّفاف - فامتنعتْ بغير عذر - فهي ناشزةٌ . وإن كانت مريضةً يضرُّ بها الوطءُ ، فهي معذورةٌ ولها النفقةُ . ولا تسقط بالمرض ؛ لأنه دائمٌ ، ولا تقصيرَ من جهتها . فإن قال الزوج : « سَلِّموها إليَّ ولا أطؤها » فلا يُؤْمَن [3] في ذلك . وإن أنكر الزوجُ كونَ الوطءِ مُضِرًّا ، فشَهد أربعٌ من النسوة ، ثَبَتَ . وإن شهدت واحدةٌ فوجهان ، مأخذه : أنه يُجْعل إخبارًا أم شهادة ؟ [4] . فإن لم تكن بينةٌ ، فلها أن تُحلِّف الزوجَ على نَفْيِ العلم بذلك .

الثالث : إذا نشزت ، فغاب الزوجُ ، فعادت إلى المسكن ، فهل تعود النفقة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه [5] تعود بمجرد رجوعها ؛ لزوال المُسْقِط .

والثاني : أنها لا تعود إلى أن ترفع إلى القاضي ، فيحكم بطاعتها ، ويُخْبِر الزوجَ حتى يَرْجع ، أو تنقضي مدةُ الرجوع ، فإن لم يرجع بعد ذلك وجبتْ نفقتُها [6] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا نظر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤتمن » .

(٤) والأصح من الوجهين أنه لا يثبت بشهادة واحدة . انظر الروضة (٩ / ٥٩) .

(٥) في (أ) : « أنها » .

(٦) وهذا الوجه أصحهما . انظر الروضة (٩ / ٦٠) ومغني المحتاج (٣ / ٤٣٨) .

أما إذا ارتدت فلا نفقة لها . فإن عادت ؟ قال العراقيون : تعود النفقة ؛ لأن السبب خفِيٌّ لا يجب فيه الرفع . وقال المراوزة : هو كالنشوز الجليّ .

والمجنونة إذا نشزت ، سقطت نفقتُها وإن لم تأثم ؛ لِتعذُّرِ الاستمتاع بسببها .

المانع الثاني : الصِّغَرُ . وفيه ثلاثُ صورٍ :

أحدها : أن تُزَوَّج صغيرةٌ من بالغ ، ففي وجوب النفقة قولان :

أحدهما : أنه تجب ، كالمريضة والرتقاء والمستحاضة . وهذا ينطبق على قولنا : (1 النفقةُ بالعقد 1) .

والثاني : أنها (2) لا تستحق (3) ؛ لأن الصغر نَوْبَةٌ معلومة من العمر تنقضي ، وليس هذا كالرَّتَق الذي لا آخرَ له ، ولا كالمرضِ الذي هو تارات تضطرب .

الثانية : أن تُزوَّج بالغةٌ من صغير ، فقولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأن المنع من جانبه . وفيه قول : أنها إن كانت جاهلةً بصغره استحقّت وإلّا فلا .

الثالثة : إذا زوج صغيرة من صغير (4) ، فقولان مرتبان وأولى بأن لا تجب . ونعني بالصغير أن (5) لا يتأَتَّى منه الجماعُ دون المراهق الذي ليس ببالغ .

ثم إذا أوجبنا للصغيرة ، لم تختلف بالإجابة إلى الزّفاف أو السكوت ؛ إذ لا فائدة في الوعد . نعم ، إذا انتهت إلى التهيؤ للاستمتاع يخرَّج من النفقة عند السكوت على القولين .

المانع الثالث :التلَبُّس بالعبادات . كالإحرام والصوم .

أما الإحرام : فإذا أحرمت بإذنه ، فقد سافرت في غرض نفسها بإذنه ، وقد ذكرنا فيه خلافًا .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « تجب بالعقد » .

(2) ليست في (أ) ، (ب) .

(3) وهذا الوجه هو الأظهر كما في الروضة (٩ / ٦١) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٢) . مغني المحتاج (٣/) .

(4) في (أ) : « كبير » وهو خطأ كما سيتضح بعد قليل .

(5) في (أ) ، (ب) : « الذي » .

فإن قلنا : إنها لا تستحق ، ففي استحقاقها قبل الخروج وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الاستمتاع قد امتنع .

والثاني : نعم ؛ لأنها تحت يده ، وقد أَحْرَمت بإذنه [١] .

والصحيح : أنه لا فرق بين أن ينهاها الزوجُ عن الخروج أو يرضى به . وحُكي عن القفال (رحمه الله) : أنه إذا نهاها عن الخروج فخرجت ، سقطت النفقةُ قطعًا .

أما إذا أحرمت بغير إذنه ، ففي جواز تحليلها خلافٌ [٢] . فإن قلنا : لا يُحَلِّلها ، فهي ناشزةٌ من وقت الإحرام . وفيه وجه : أنه لا تسقط نفقتها قبل الخروج [٣] . وهو بعيدٌ . وإن قلنا : يُحَلِّلها ، فما دامت مقيمةً فلها النفقة ؛ لأنه قادر عليها . وفيه وجه : أنها لا تستحق ؛ لأن الزوج – وإن قدر على قهر الناشزة – فلا يلزمه ، وربما ترتاع نفسُه من قطع الإحرام .

أما الصيام ، فلا تَسْقُط نفقتُها بصومِ رمضان ؛ لأن الليالي عتيدة ، وهذه العبادات [٤] تشتمل [٥] الزوجين ، لا كالإحرام بحِجَّة الإسلام ، فإنه على التراخي .

أما صوم النوافل ، فللزوج المنعُ والتحليلُ . فإن لم يُحَلِّل ، ففي النفقة وجهان مرتبان على الإحرام وأولى بالوجوب ؛ لأن الاستمتاع مباحٌ سوى الوطء .

وله / تحليلُ صومٍ نذرتْه بعد النكاح . وليس له مَنْعُها من الصلوات المفروضة . ٢٢٥/ب

أما منعُها من رواتب السنن والبِدَار إلى الفرض في أول الوقت ، ففيه خلافٌ . والصحيحُ : أنه لا تُمْنَع . ثم صومُ عاشوراء وعرفة يجري مُجْرى الرواتب . أما صوم الاثنين والخميس ، فله مَنْعُها وجهًا واحدًا .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٢) .

(٢) والأظهر من هذا الخلاف أن للزوج تحليلها . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية (٢ / ٨٧٢) .

(٣) قوله : « قبل الخروج » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « العبادة » .

(٥) في (أ) : « تشمل » .

المانع الرابع : العدة . والمعتدات خمس [1] :

الأولى : المنكوحة إذا وُطِئَتْ بالشبهة . فلو حَبَلَتْ ، وقلنا : تستحق نفقةً على الواطىء ، فلا تستحقُّ على الزوج . وحيث لا تستحق على الواطىء ، ففي سقوط نفقة الزوجية خلافٌ ؛ من حيث إنَّ تعذُّرَ الاستمتاع بسببها ، ولكنها معذورةٌ . والوجه أن يقال : إن كانت نائمةً أو مكرهة - فلها النفقةُ . وإن مَكَّنَتْ على ظَنٍّ [أنه زوجها] [2] فلا نفقةَ ؛ لأن الظن لا يُؤَثر في الغرامات .

الثانية : المعتدة عن طلاق رجعي ، فتستحق النفقة ، حاملةً [3] كانت أو حائلًا ؛ لأن سَلطنةَ [4] الزوجِ [5] في الرجعية دائمة [5] . فلو أحبلها الواطىءُ بالشبهة وتأخرت عدة الزوج ، فإن قلنا : له الرجعة في الحال ، فعليه النفقة . وإن قلنا : لا رجعة ، فوجهان . ومنهم من قال : إن قلنا : لا رجعة فلا نفقة ، وإن قلنا : ترتجع ، فوجهان ، وهذا أفقه ؛ لأنها صارت محبوسةً لغيره .

فرع : لو قال : « طلقتُك قبل وَضْعِ الحمل ، فأنت الآن بائنة فلا نفقةَ لكِ » فقالت : « بل بعد الوضع ولي النفقة » ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة - وهو يَدَّعي السقوطَ - فعليه الإثباتُ ، ولا رجعة ؛ لأنها بائنةٌ بزعمه .

الثالثة : المطلقة البائنة . لها السُّكْنى في العدة ، ولا نفقةَ لها إلا إذا كانت حاملا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [6] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والمعتدات خمسة » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) : « حاملًا » .
(٤) في (ب) : « سلطة » .
(٥) في (أ) : « في الرجعة قائمة » .

(٦) اتفق العلماء على أن المطلقة الرجعية ، لها السكنى والنفقةُ ما دامت في عدتها . واتفقوا كذلك على أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا : بثلاث ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ - وكانت حاملًا - فلها النفقة والسكنى . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ١١١) ، والمغني لابن قدامة (٧ / ٦٠٦) .

واختلفوا في المطلقة البائن إذا لم تكن حاملًا :

فمذهب الشافعية : أن لها السكنى في العدة ، ولا نفقة لها . وهو مذهب المالكية أيضًا .انظر : المنهاج ص =

والنفقةُ للحمل أو للحامل ؟ فيه قولان :

أحدهما : للحمل ؛ لأنه المتجدد فهي كالحاضنة .

والثاني : للحامل ؛ بدليل أنه تجب مقدَّرًا ، ولا تسقط على الصحيح [1] بمُضِيِّ الزمان ، ولا تختلف بزَهَادتها ورغبتها [2] .

فرع : الحرُّ إذا طلق زوجته الحامل المملوكة ، فيه قولان ينبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ لأن الحمل المملوك لو انفصل ، فنفقتُه على السيد ، لا على الأَبِ ، وكذا الخلاف فيما لو طلق الرقيقُ زوجتَه الحامل .

الرابعة : المعتدة عن فراق الفسخ الذي لا يستند إليها – كردَّته مثلًا – فهي كالمطلقة . أما إذا كان الفسخ باختيارها أو بسبب عَيْبِها ، فهذا الفسخُ لا يُشَطِّر المهرَ ، بل يُسْقِط جميعَه ، ففي نفقتها قولان ؛ بناء على أنها للحمل أو للحامل ؟.

أما الفراق عن جهة اللعان : فهل يُضَاف إليها ؟ فيه تردُّد ؛ لأنها منكِرةٌ بسبب اللعان ، ولكن لها مَدْخلٌ في البَيْنْ ، وإنما تستحق النفقة إذا لم ينفِ الحملَ . وكذلك الخلاف جارٍ في أن المهر هل يتشطر به ؟ .

فرع : لو أنفقتْ على الولد المنفيِّ باللعان ، ثم أكذب نفسَه : رجعت عليه ؛ لأنها بذلت على

= (١٢٠). الروضة (٩ / ٦٦) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٠) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٧ ، ٢٩٨) . القوانين ص (٢٢٧) . الشرح الصغير (٢ / ٧٤٠ ، ٧٤١) .

ومذهب الحنفية : أن لها السكنى والنفقة ، كالمطلقة الرجعية تمامًا . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٥) . الاختيار (٤ / ٨) . اللباب (٣ / ٩٣) .

ومذهب الحنابلة : ليس لها نفقةٌ ولا سكنى ، وعن أحمد رواية : أن لها السكنى فقط . انظر : المقنع ص (٢٦٧) زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . المغني (٧ / ٦٠٦) . الإفصاح (٢ / ١٧٤) .

(١) قوله : « على الصحيح » ساقط من (أ) .

(٢) وهذا القول أظهرهما ، أن النفقة للحامل بسبب الحمل . انظر الروضة (٩ / ٦٦) .

ظنِّ الوجوب ، ولها ولاية الاستدانة على الزوج ؛ لقصة هند [١] . وفيه وجه : أنها لا ترجع ، وليس لها ولاية الاستدانة [على الزوج] [٢] وقصةُ هند محمولةٌ على قضائه ﷺ وإذنِه لها .

الخامسة : المعتدة الحامل عن وطء الشبهة إذا كانت خَلِيّةً عن النكاح ، فهل تستحقُّ نفقةً على الواطىء ؟ إن قلنا : للحمل ، فتستحق . وإن قلنا : للحامل ، فلا تستحق ؛ لأنا إذا قلنا : إنه للحامل ، جعلنا بقاءَ علْقة الحمل كبقاء علقة الرجعة في إيجاب نفقة النكاح واستمرارها وكذلك لا تُوجَب بحمل [٣] اللعان قطعًا ؛ لأن الزوج يُنكر احتباسَها بحَمْله .

التفريع

يتفرع على القولين مسائل :

إحداها : أنها لو كانت لا تكتفي بالقدر [٤] في مدة الحمل – أعني المطلقة – فهل تُزَاد ؟ منهم من قال : إن قلنا : للحمل فتُزَاد ؛ لأنه على الكفاية كالحاضنة . وإن قلنا : للحامل ، فوجهان . ووجهُ الزيادةِ الحذرُ من الإضرار ، وأن الحمل لابدّ وأن يلتفت إليه . ومنهم من عكس وقال : إن قلنا : للحامل ، فلا تزاد . وإن قلنا : للحمل ، فوجهان ؛ لأنا لابد وأن نلتفت – في كل قولٍ – على المعنى الآخر ؛ إذ [٥] الحق أنه كالمرتبط بهما جميعًا .

---

(١) يعني « هندًا » زوجة أبي سفيان أم معاوية (رضي الله عنهم) . وهو يشير إلى قصة أَخْذِها من مال زوجها – بغير علمه – للنفقة على نفسها وأولادها . والحديث رواه البخاري في صحيحه (٩/٤١٨) كما في الفتح (٦٩) كتاب « النفقات » (٩) باب « إذا لم ينفق الرجلُ ، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدَها بالمعروف » حديث (٥٣٦٤) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : إن هندًا بنت عتبة ، قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيحٌ ، وليس يُعْطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم . فقال : « خُذِي ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروف » . ورواه مسلم (٣/١٣٣٨) (٣٠) كتاب « الأقْضِيَة » (٤) باب « قضية هند » حديث (١٧١٤) . ورواه أبو داود (٣/٨٠٢) حديث (٣٥٣٢) والنسائي (٨/٢٤٦) . وابن ماجه (٢/٧٦٩) حديث (٢٢٩٣) جميعًا من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رضي الله تعالى عنها) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « لحمل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالمقدر » .

(٥) في الأصل « إذا » والمثبت من (أ) ،(ب) .

الثانية : أنه إن أنفق عليهما ، ثم بَانَ أنه لا حَمْلَ ، فهذا ينبني على أن التعجيل ، هل كان واجبًا عليه ؟ وفيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يُعْرف ؟ والمصير إلى أنه لا يجب التعجيل لا أعرف له وجهًا مع قوله تعالى : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ / حَمْلَهُنَّ﴾[1] . بل ٢٢٦/أ الصحيح : أن الحمل يُعرف بالظنِّ الغالب ، وينبني عليه تسليم الحلفات لورود الخبر ، وكذلك تُسَليم النفقة للآية ؛ فعلى هذا الاستردادُ ؛ فإنه ظنّ أنه واجبٌ . ومن قال : لا يجب التعجيل ، فيقول : إن عجل بشرط الرجوع رجع ، وإلا فوجهان كنظيره في تعجيل الزكاة .

أما إذا أنفق ، ثم بانَ فسادُ النكاحِ : فلا يسترد النفقة وإن كانت حائلًا ، لأنها كانت محبوسةً على ظنِّ النكاحِ ، [2]والنفقةُ في مقابلة حَبْسٍ عن نكاح[2] ، والظنُّ في هذا كالحقيقة .

الثالثة : إذا طلّقها وهي حاملٌ ، ثم مات : لم تنتقل إلى عدة الوفاة وإن كان بائنا ، بل عدتُها بالحمل ، ولا يخرج نفقة بعد ذلك من التركة . فإن قلنا : النفقة للحمل ، فلا تجب النفقة للقريب بعد الموت . وإن قلنا : للحامل ، فهي كالحاضنة ؛ فلا نفقة لها . قال الشيخ أبو علي : إذا قلنا للحامل تجب ، فكأن الطلاق أوجب ذلك دفعةً ؛ ولذلك تستحق هذه المرأة السكنى مع أن عدة الوفاة لا تُوجِب السكنى على أحد القولين . ويعتضد هذا بأن علقة الحمل جعلناها كعلقة النكاح ، وهي باقية بعد الموت .

* * *

(١) من الآية (٦) من سورة (الطلاق) .

(٢) في (ب) : « والنفقة في مقابلة حبسٍ على ظَنِّ نكاحٍ » .

الباب الثَّالث

في الإعسار بالنفقة

وفي ثبوت حق الفسخ به قولان (١) :

أحدهما : نعم ؛ كما يثبت بفوات الاستمتاع بالجبّ والعُنَّة ، بل أَوْلى ؛ لأنّ لها طلبَ النفقة دونَ الوقاع ؛ ولأن الحياة لا تبقى بغير القوت وتبقى دون الوقاع (٢) .

والثاني : لا ؛ لأنّ النفقة تابعةٌ ، ومقصودُ النكاحِ الاستمتاعُ ، ولا يتعيَّنُ الزوجُ للنفقة ؛ إذ يحلُّ لها مالُها ، ولا وجه للاستمتاع إلّا من جهته .

فإن قضينا بثبوت الفسخ ، وَجَبَ النّظرُ في أطراف :

الطرف الأول : في العجز . وهو أن لا يملك مالًا ، ولا يقدر على الكسْب . فإن ملك ولكن مَنَع ، وعجزت المرأةُ والقاضي عن (٣) أَخْذ ماله فطريقان : منهم من طرد القولين ؛ لأن الضرارَ حاصلٌ . ومنهم من قال : لا ؛ لأن هذا ظلمٌ ، وليس بعَيْب (٤) . فكأنَّ منشأَ الخلاف ، أنّ هذا الفسخ ، لِنَقْصِ الزوجِ وعيبِهِ ، أو لتضرُّرِها بالنفقة ؟ .

وإن لم يملك شيئًا ، ولكن قدر على الكسْب ، وقلنا : يجبُ عليه الكسبُ لأجل الزوجة

---

(١) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث في الإعسار بالنفقة : (وفي ثبوت حق الفسخ به قولان) .

قلت : المنقول في المذهب أن حقَّ الفسخ ثابتٌ لها قولًا واحدًا في النفقة ، وقيل : فيها قولان وعند أبي حنيفة أن حقَّ الفسخ لا يثبت لها ، فعلى هذا القول يكون الذي نَقَلَه موافقًا مذهبَ أبي حنيفة ولم أرَ أحدًا نقل هذا القول في معظم الكتب .

قلت : فإن كان كذلك إلا أن صاحب الحاوي نقل فيه الخلاف دون غيره » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب) .

(٢) والمذهبُ ثبوتُ الفسخ بالإعسار بالنفقة . انظر : الوجيز (٢ / ١١٤) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٩ / ٧٢) . الغاية (٢ / ٨٧٣) .

(٣) في الأصل « عند » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهو الأصح عند الشافعية ، أنه لا يثبت لها الفسخ ؛ لِتَمَكُّنِها من تحصيل حقها بالسلطان . انظر الروضة (٩ / ٧٢) . المنهاج ص (١٢٠) .

على رأي - فهو كالغني الممتنع .

الطرف الثاني : في المعجوز عنه . وهو القوتُ بجملته . فأمّا الأُدْمُ ، فالعجز عنه لا يُسلط على الفسخ في الظاهر . وفي الكسوة والمسكن وجهان [١] ؛ لأن النفس تبقى دونهما ، ولكنهما مقصودان ، لا كالأدم فإنه تابع . وكذلك في الإعسار بنفقة الخادم [٢] الوجهان [٣] . والإعسارُ بالمهر لا يُوجب الفسخَ ، لكنْ لها مَنْعُ نفسِها إن لم تمكِّن مرةً ، فإن مكنت سقط حقُّ حَبْسِها ، وقيل بطرد القولين في المهر . وهو بعيدٌ [٤] . أما الإعسار بنفقة ما مضى ، فلا يُوجِب الفسخَ ، بل هو دَيْنٌ مستقِرٌ [٥] في ذِمَّته ، فرضَه القاضي أو لم يَفْرِض - أعني به ما يجب فيه التمليك [٦] - ؛ فإن الإمتاع لا يمكن تداركُ فائتِه [٧] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : النفقة لا تستقِرُّ في الذّمّة إلا بفَرْض القاضي كنفقةِ الأقارب [٨] .

فرع : لو قَدَر كلَّ يوم على مُدٍّ فلا فسخَ ؛ لأنه قِوَامٌ . ولو قدر على ثُلث مُدٍّ ثبت الفسخ . ولو قدر على نصف مُدٍّ فوجهان . ووجهُ المنعِ قولُ رسولِ الله ﷺ : « طعامُ الواحدِ يكفي

---

(١) المذهب : أنه يثبت خيار الفسخ بالإعسار بالكسوة ، ويثبت بالإعسار بالمسكن على الأصح . انظر : الروضة (٩ / ٧٥) . الغاية (٢ / ٨٧٣) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٢) في (ب) : « الخادمة » .

(٣) لا يثبت الخيار بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص ؛ لأنه ليس ضروريًا . انظر : الروضة (٩ / ٧٥) . الغاية (٢ / ٨٧٣) .

(٤) والأظهر - في الفسخ بالإعسار بالمهر - أنه يثبت قبل الدخول لا بعده . انظر الغاية(٢ / ٨٧٣) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٥) في (ب) : « يستقر » .

(٦) وذلك كالنفقة .

(٧) وذلك كالمسكن ، فإنه يُقْصد به الإمتاع لا التمليك .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه لو ترك الزوجُ الإنفاقَ على زوجته مدةً ما ، فلا تسقط بمضيِّ الزمان ، ولكن تصير دينا في ذمته ، سواء فرضها القاضي أم لا . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وعن أحمد رواية : أن النفقة لا تثبت إلا بفرض القاضي . انظر: الوجيز(٢/١١٤) . الروضة(٩/٧٥،٧٦) . القوانين الفقهية ص(٢٢٨) . الشرح الصغير (٢ / ٧٤٣) . المقنع ص (٢٦٩) . زاد المستقنع ص (١١٨) . شرح السنة للبغوي (٩ / ٣٢٦) . الإفصاح (٢ / ١٨٢) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٧٨) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تستقر نفقة المدة الماضية إلا إذا فرضها لها القاضي ، أو صالحته على مقدارها . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٢) . الاختيار (٤ / ٦) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٩٧) .

الاثنين »[١] وكأنَّ الاجتزاء بنصفِ المدِّ ممكنٌ ، وبثلثه لا .

الطرف الثالث : في حقيقة هذا الدفع . ولا شك في أن الدفع بالجبّ والعُنَّة فسخٌ ، والدفع في الإيلاء طلاق ، وهذا[٢] دائرٌ بينهما ؛ فاختلفوا فيه . فإن قلنا : إنه طلاقٌ ، فلابُدَّ من الرفع إلى القاضي حتى يَحْبِسَه ليُطَلِّق أو يُنْفِق . فإن لم يطلق : طلَّق القاضي طلقةً رجعية ، ولابُدَّ من العدة وإن لم تكن النفقة حَقًّا لله تعالى . فإن راجعها ، طلق القاضي ثانيا إلى أن تتمَّ الثلاثُ .

فإن قلنا : إنه فسخٌ[٣] ، فلابد من الرفع لإثبات الإعسار ؛ فإنه متعلِّق بالاجتهاد . ثم إذا ثبت[٤] فلها تعاطي الفسخ .

فإن فسخت دون الرفع - لعلمها بإعساره - لم ينفذْ ظاهرًا ، وهل ينفذ باطنًا حتى لو[٥] اعترف الزوجُ أو قامت البينةُ[٦] تبين نفوذه واحتساب العدة[٧] من ذلك الوقت ؟ هذا فيه ترددٌ . ولا خلاف أنه ينفذ ظاهرًا إذا لم يكن في الناحية حاكمٌ أو عجزت عن الدفع .

---

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٩) بإسناده عن جابر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « طعام الواحد يكفي الاثنين ، وطعام الاثنين يكفي الأربعة ، وطعام الأربعة يكفي الثمانية » . ورواه ابن ماجه في سننه (٢/١٠٨٤) حديث (٣٢٥٤) عن جابر أيضًا ، ورواه برقم (٣٢٥٥) عن عمر بلفظ آخر .

ورواه البخاري (٩/٤٤٥) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (١١) باب « طعام الواحد يكفي الاثنين » حديث (٥٣٩٢) بلفظ . « طعام الاثنين كافي الثلاثة ، وطعام الثلاثة كافي الأربعة » . ورواه مسلم أيضًا (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٨) . والترمذي في سننه (٤ / ٢٣٥) حديث (١٨٢٠) ثلاثتهم من طرق عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به مرفوعًا .

(٢) يعني فرقة الإعسار بالنفقة .

(٣) وهذا هو الصحيح ، أن فرقة الإعسار بالنفقة فسخ وليس طلاقًا .

(٤) أي الإعسار بالنفقة .

(٥) في (أ) : « إن » .

(٦) في (أ) : « بينة » .

(٧) في (أ) : « المدة » وهو صحيح أيضًا ؛ لأن المقصود مدة العدة .

الطرف الرابع : في وقت الفسخ . والطلبة بالنفقة تتوجَّه صبيحةَ اليوم ، ولكن لو استمهل المعسرُ ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يُمْهَل ثلاثةَ أيامٍ حتى يتحقق عجزُه [١] .

والثاني : أنه / لا يُمْهَل . ٢٢٦/ب

وعلى هذا ، فلا خلافَ أنها لا تُبادر الفسخَ صبيحة اليوم ؛ فإنّ أكثر الناس يكسبون قوت اليوم في اليوم . ولكن إلى متى التأخير ؟ يحتمل أن يقال : إلى وسط النهار ، فإنّ تأخير الطعام عنه غيرُ معتاد ، ويحتمل أن يقال : إلى الليل ، وبياضُ النهار فيتسع للكسب [٢] . ويحتمل أن يقال : حتى ينقضي يومٌ وليلةٌ ؛ إذ به يستقر الحقُّ ، فإن النفقة لليوم والليلة . فيرجع هذا إلى أنه يمهل يومًا واحدًا . نعم ، لو أقرَّ صبيحة اليوم بأني عاجزٌ ولستُ أتوقَّع اليوم شيئًا ، فيحتمل أن يقال : لها المبادرةُ بالفسخ ، ويحتمل أن يقال : يُمْهَل إلى تحقُّقِ العجزِ بانقضاء اليوم [٣] .

فرع : لو كان [٤] يعتاد الإتيانَ بالطعام ليلًا ، فلها الفسخُ ؛ لأن هذا صيامُ الدهرِ . نعم ، لا يثبت بوقوع ذلك مرةً أو مرتين ، وليس ما يُحتمل نادرًا يُحْتَمل دائمًا .

ويتفرَّعُ عَلَى قَوْلِ الإمْهَال مَسَائِلُ :

إحداها : أنه لو جاء بالنفقة صبيحة اليوم [٥] الرابع لليوم الرابع [٥] فلا فسخَ ، وما مضى دَيْنٌ في الذمة . وليس لها أن تقول : أَقْبِض هذا عن الماضي ، وأفسخ في الحال ؛ لأنّ التعويل على قصْد المؤدِّي . فلو عجز في اليومِ الخامسِ فلها الفسخُ ، ولا تستأنف المدة على الظاهر إلا أن يكون قد استغنى بمال يدوم في الغالب ، ولكن تلف بعارض ، فَيُجْعَل كأنّ الإعسارَ الماضي لم يكن . ولو

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الوجيز (٢/ ١١٥) المنهاج ص (١٢٠) الروضة (٩/ ٧٧) . الغاية (٢/ ٨٧٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « متسع الكسب » وهو أليق وأوضح .

(٣) وهذا هو الأرجح كما في الروضة (٩ / ٧٧) .

(٤) في الأصل « لو كانت » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو ما أثبته .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

قَدرَ في اليوم الثالث وعجز في الرابع ، فيكمل الثالث باليوم الرابع ، ولا تُسْتأنف ، وقيل : إنه تستأنف ؛ لأن القدرة الطارئة قطعت المهلة . وهو ضعيف ؛ لأن الزوج يتَّخِذ ذلك عادةً ، فيُنْفق يومًا ويترك يومين [1] .

الثانية : المبادرة صبيحة الرابعِ جائزٌ ، ولا يمهل إلى بياض النهار . نعم ، اليوم الخامس يُجعل كاليوم الأول على قول مَنْ تركَ الإمهالَ حتى يُمهل إلى بياض النهار ، ثم يفسخ حيث يقول : لا تستأنف المدة .

الثالثة : إذا رضيت بعد انقضاء المدة ، فلها العودُ إلى الطَّلب . قال الصيدلاني : تُستأنف المدة بخلاف امرأة المؤْلي ؛ لأن مدة الإيلاء مضروبٌ شرعًا ، وهذه تُضْرب بطلبها ، فتسقط برضاها . وإنما جاز لها الرجوعُ بخلاف زوجة العِنّين ؛ فإن هذا صَبْرٌ على ضِرار يُتَوقَّع زوالُه ، والعُنَّة عيبٌ ، وهي في حكم خصلة واحدة ، والإعسارُ في كل يوم متجددٌ . ولو قالت : رضيتُ به أبدًا ، فلها الرجوعُ إلى الطلب ، كما لو نكحتْه وهي عالمةٌ بإعساره ، فلها ذلك ؛ لأن هذا وعدٌ بالصبر على ضِرار [2] ، والضرارُ متجدّدٌ ، فالحقُّ متجدِّدٌ .

الطرف الخامس : فيمن له حقُّ الفسخ . وهي الزوجةُ خاصّةً ؛ فلا يثبت لوليّ المجنونةِ والصغيرةِ الفسخُ بالإعْسَار وإن كانت صانعة ؛ لأن الفسخ رَفْعٌ للنكاح ، وهو متعلّق بالطبع كالطلاق ، فلا تَجْري فيه النّيابةُ .

أما الأمةُ : فإن كانتْ صغيرةً أو مجنونةً ، فهل للسيد فَسْخُ نكاحِها بالإعسار ؟ فيه وجهان [3] ، ووجهُ الجواز : أن السيدَ ذو حقٍّ في النفقة ، فإنه الذي يدخل في ملكه وله إبداله بغيره . وإن كانت مستقلة فهي صاحبة الحق ، ولها الفسخ دون رضَا السّيد . فإن ضمن السيدُ النفقةَ لم يسقط حقُّها ؛ كما لو تبرّع أجنبيٌّ بالنفقة ، وفي ضمان السيد احتمالٌ .

أما إذا رضيت بإعساره ، فليس للسّيدِ الفسخُ ، لكن يقول للجارية : افْسَخِي أو اصبِري على الجوع ، وليس عليه النفقةُ . وذكرَ الشيخُ أبو علي وجهين مرتبين على الصغيرة ، وأولى بأن لا

---

(١) في الأصل « يومان » وهو خطأ واضح .

(٢) وهو لا يجب الوفاء به .

(٣) والأصح أنه ليس له الفسخ بالإعسار . انظر الروضة (٩ / ٧٩) .

يفسخ هاهنا ؛ لاستقلالها .

ثم اعلم أن الملك في النفقة للسيد ، ولكن لها حقُّ التوثيقِ بها ، حتى لا يجوز للسيد النفقة إلا بعد تسليم البدل ، ولا يجوز له الإبراءُ عن النفقة وكأنه مرهونٌ بحقها ككسْب عبد التجارة ، فإنه كالمرهون بنفقته لاقتضاء العرف ذلك . وللأَمة طلبها من الزوج ، فإذا أخذتْ دخل في ملك السيد ؛ لأنها كالمأذونة عرفًا وشرعًا بالتزويج .

هذا كله تفريع على قولنا : إن الإعسار يُثْبت الفسخَ . فإن قلنا : لا يُثْبِت ، فهل يرتفع عنها حَبْسُ المسكن ؟ فيه خلاف للأصحاب [١] . والقياس : أن لا يرتفع إلا إذا عجزت عن نفقة نفسها إلا بالخروج ، ولكن الخبر يدل على الجواز ؛ إذ نُقِلَ في الخبر أنه فرّق بين المرأة وزوجها المعسر [٢] ، فإن لم يحمل على التفريق في العقد ، فلابد مِنْ حمْلِه على التفريق في المنزل .

ولها المنع من الوطء إن لم تكن قد مكَّنَتْه من قَبْل [٣] ، وعلى قول ثبوتِ الفسخ : يبطل حقُّ الفسخ [٤] في مدة الإمهال . وفيه وجهٌ .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « إذا قلنا : لا يُثْبت ، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها ، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن ، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح ، ولها مَنْعُه من الوطء على الأصح » . (٩ / ٨١) . وانظر المنهاج ص (١٢٠) . والوجيز (٢ / ١١٥) .

(٢) هذا الخبر مروي عن سعيد بن المسيب ، رواه الشافعي في الأم (٥ / ١٠٧) بإسناده عن سفيان عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، قال : يُفَرَّق بينهما . قال أبو الزناد: قلتُ: سُنَّةٌ؟ قال سعيد: سنةٌ. ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار من طريق الشافعي (١١/٢٨٣). والدارقطني في سننه(٣/٢٩٧). وهذا الخبر مرسل قوي كما قال الحافظ ابن حجر . انظر سبل السلام (٣/١١٦٩) .

وقد ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد (رحمهم الله) إلى موجب هذا ، فأثبتوا للمرأة جواز الفسخ بالإعسار بالنفقة . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يثبت لها الفسخ ، ولكنَ يرْفع يَده ؛ عنها لتكتسب . انظر : رحمة الأمة ص (٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٧٣) .

(٣) قال في الروضة (٩ / ٨١) : « شرط الغزالي فيه كونها لم تُمكِّن من قبل ، ولم يشترطه الأكثرون » .

(٤) في الأصل « الحبس » والمثبت من (أ) ، (ب) .

السَّبَبُ الثَّاني

النَّفَقةُ للقَرَابة [1]

٢٢٧/أ

(وفيه ثلاثة أبواب /)

البَابُ الأوَّلُ

في شرائط الاستحقاق ، وكيفية الإنفاق

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في شرائط الاستحقاق

والأصل فيه قولُه تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ الآية [2] . وقصةُ هنْدٍ معروفةٌ [3] . ولا تُسْتحقّ عندنا إلا بقرابة البعضية [4] ؛ فتجبُ للفروع والأصولِ مع اختلاف الدِّين واتفاقِه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تجب بالمحرمية ، وأثبت للإخوة [5] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السبب الثاني للنفقة : القرابة » .

(٢) من الآية (٢٣٣) من سورة (البقرة) .

(٣) أي قصة هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان وهي أم معاوية (رضي الله عنهم) ، وقد سبق حديثها قريبا .

(٤) في (ب) : « العصبية » وهو خطأ .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن النفقة تجب بقرابة البعضية ؛ فتجب على الوالد للولد ، والعكس . وسواءٌ فيه الأب والأم ، والأجداد والجدات وإن عَلَوْا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى ، والوارث وغيره ، والمسلم والكافر من الطرفين . ولا يلحق بالأصول والفروع سائرُ الأقارب ، كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخالة وغيرهم . انظر : الوجيز (٢ / ١١٦) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٩ / ٨٣) .

ومذهب الحنفية : أن على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته – إذا كانوا فقراء – وإن خالفوه في دينه . =

ثم يُشترط في الاستحقاق إعسارُ المنْفَق عليه ويَسَارُ المنفِق .

أما المنْفَقُ عليه ، فهل يُشْترط مع الإعسار عجزُه عن الكسْب ؟ إن كان طفلا لم يُشْترط ، وإن كان بالغًا – وكان فَرْعًا – ففيه وجهان [1] . وإن كان أبًا أو جَدًّا ففيه طريقان : منهم من قطع بأنه [2] لا يُشترط ؛ لأن تكليفَ الابنِ أباه – الكسبَ مع الثروة – غَضٌّ من منصب الأُبوّة [3] ، ومنهم من طرد القولين :

أحدهما: أنه يُشترط؛ إذ يَخْرج بالقدرة، عن المسْكنة واستحقاقِ سَهْم المساكين، فكذلك النفقة.

= ولا تجب النفقة – مع اختلاف الدين – إلا للزوجة والأبوين ، والأجداد والجدات ، والولد ، وولد الولد . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني . والنفقة واجبة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرًا فقيرًا ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكرًا بالغا فقيرًا ، زَمِنًا أو أعمى ، وذو الرحم المحرم كالإخوة والأخوات ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، ولا تجب النفقة لرحم ليس بمحرم . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٧ ، ٣٢٨) . الاختيار (٤ / ١١) . فتح القدير (٤ / ٤١٩) .

ومذهب المالكية : أنه لا يجب على الإنسان نفقةٌ على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء ، والأبوين ، إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ، مسلميْن كانا أو كافِرَيْن . ولا يلزم الإنفاق على جد ولا على جدة ، من قبل الأب ولا من قبل الأم ، ولا على أحد من الإخوة وسائر ذوي المحارم ، ولا على بني البنين ولا على بني البنات . انظر : الكافي ص (٢٩٨ ، ٢٩٩) . القوانين الفقهية ص (٢٢٧ ، ٢٢٨) . حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٢) .

ومذهب الحنابلة : أنه يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف ، إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم ، فاضلًا عن نفقة نفسه وامرأته . وكذلك يلزمه نفقةُ سائر آبائه وإن عَلَوْا ، وأولاده وإن سفلوا .

وكذلك يلزمه نفقة كل من يرثه بفَرْضٍ أو تعصيب ممن سواهم ، وسواءٌ ورثه الآخرُ أم لا ، كعمّتِه .

وأما ذوو الأرحام ، فلا نفقة عليهم . ولا نفقة بقرابة مع اختلاف الدين ولو من عمودي النسب ؛ لعدم التوارث إلا بالولاء ، فتلزم النفقةُ المسلمَ لعتيقه الكافر ، وعكسه ؛ لإرثه منه . انظر : المقنع ص (٢٦٩ ، ٢٧٠) . زاد المستقنع ص (١١٩) الدليل ص (٢٤٠) . الروض المربع ص (٤١٦) . المغني (٧ / ٥٨٣ ، ٥٨٦) .

(١) ولا تجب نفقته على المذهب ، سواءٌ فيه الابن والبنت . الروضة (٩ / ٨٤) . وفي (أ) : « ففيه قولان » .

(٢) في الأصل : « بأن » والمثبت من (أ) .

(٣) وهذا هو الأظهر ؛ فتجب نفقته . الروضة (٩ / ٨٤) .

والثاني : أنه لا يشترط ، كما في الطفل والمراهق ؛ ولأن هذا مبني على المجاملة بخلاف الزكاة ، ويَقْبح تكليفُ الكسْب مع اتِّساع مال الأبِ أو الابن .

فإن قلنا : يُشْترط ، فهل يُشْترط أن يكون زَمِنًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن القادر لا يَعْجِزُ عن أن يَصير أَجيرًا وإن لم يَعْرف حِرْفةً ، فيكتسب بوجهٍ .

والثاني : لا يُشترط ذلك ، بل يكفي أن لا يقدر على حِرْفة تَليق بمنصبه . أما ما لا يليق به فلا يُعْتبر . وهذا أَعْدَلُ [١] . وعلى هذا ، إذا قدر على اكتساب بعضِ النفقة ، فلا يَستحق إلا القدرَ المعجوزَ عنه .

وأما حِلُّ السؤال للكَسُوب ، ففيه خلافٌ للأصحاب . وظاهرُ الأخبار تدلُّ على تحريمه ؛ فقد ورد فيه تشديداتٌ [٢] . وبالجملة : أَخْذُ المالِ من القريب أهونُ من السؤال .[٣] فعلى الجملة إذا سأل فلا يُذِلّ نفسَه ، ولا يُؤْذي المسئول ، ولا يُلِحّ في السؤال [٣] .

وأما يَسارُ المنفِق ، فنعني به أنْ يَفْضُل عن قوت يومه شيءٌ ، حتى يُبَاع في نفقة القريب [٤] كلُّ

---

(١) قال في الروضة (٨٥/٩) ما نصه : « ورأوا الأعدلَ الأقربَ : الاكتفاءَ بعجزه عما يليق به من الأكساب . وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكنس وحمل القاذورات وسائر ما لا يليق به . وهذا حسن » .

(٢) ورد في ذلك عدة أحاديث ، منها : ما رواه أبو داود في سننه (٢ / ٢٨٥) (٣) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « مَنْ يُعْطى من الصدقة ، وحدّ الغنيّ » حديث (١٦٣٤) قال رسول الله ﷺ : « لا تحلُّ الصدقة لِغَنِيٍّ ، ولا لذي مِرَّةٍ سَوِيّ » ورواه الترمذي (٣ / ٤٢) (٥) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « ما جاء فيمن لا تحل له الصدقة » حديث (٦٥٢) . ورواه أحمد في مسنده (١٦٤/٢) حديث (٦٥٣٠) جميعًا من طرق عن ريحان بن يزيد عن عبد الله بن عمرو به .

ومنها ما رواه مسلم في صحيحه (٢ / ٧٢٠) (١٢) كتاب « الزكاة » (٣٥) باب « كراهة المسألة للناس » حديث (١٠٤١) قال رسول الله ﷺ : « من سأل الناس أموالهم تَكَثُّرًا ، فإنما يسأل جمرًا ، فَلْيَسْتقِلَّ أو لِيَسْتكْثِرْ » . ورواه ابن ماجه (١ / ٥٨٨) حديث (٨٣٨) . ورواه أحمد في مسنده (٢ / ٢٣١) حديث (٧١٦٣) جميعا من طرق عن محمد بن فضيل عن عمارة عن أبي زرعة عن أبي هريرة مرفوعا به .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) أي يباع من أجل النفقة على القريب .

ما يُبَاع في الدَّيْن - من عقار وعَبْدٍ - وإن كان بَيْعُ العبدِ يَرُدُّه إلى أن يتعاطى أعمالا لا تليق بمنصبه ، ولكن يجب عليه أن ينفق على أبعاضه كما ينفق على نفسه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُبَاع عقارُه فيه [١] .

أما المُفْلِسُ الكسوب ، فهل يجبُ عليه الكسْبُ والإنفاقُ على قريبه العاجز الزَّمِن ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب كما لا يجب لأَجْل الدَّيْن .

والثاني : أنه يجب [٢] ؛ لأن الدَّيْن من العوارض ، وحاجاتُ الأبناءِ [٣] منوطةٌ بالآباء ، فكيف يجوز تَضْييعُهم مع القدرة ؟! وقد قال ﷺ : « كَفَى بالمرْءِ إثمًا أنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَعُول » [٤] .

وهذا خلافٌ جارٍ [٥] في الكسْب لأجل الزوجة ، وأنه هل يجب [ذلك] [٦] .

* * *

(١) انظر قوله (رحمه الله) في الهداية (٢ / ٣٢٩) والاختيار (٤ / ١٣) .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذا أصلُه وفرعُه . انظر الروضة (٩ / ٨٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأولاد » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٣٢١) (٣) كتاب « الزكاة » (٤٥) باب « صلة الرحم » حديث (١٦٩٢) بإسناده عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ : « كفى بالمرء إثمًا أن يضيع من يقوت » . وقوله : « من يقوت » يعني مَنْ يَلزمه قوتُه . ورواه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمرو أيضًا مرفوعًا بلفظ « كفى بالمرء إثمًا أن يَحْبِسَ عمن يملك قوته » .

(٥) في (أ) : « وهذا الخلاف جارٍ » .

(٦) زيادة من (أ) . ثم المذهب أنه يجب الاكتساب من أجل نفقة الزوجة . انظر الروضة (٩ / ٨٤) .

الفَصْلُ الثّاني

في كَيْفِيّة الإنْفَاق

ولا تقدير في نفقة القريب ، بل هو على الكفاية . وإنما يجب ما يَدْرَأُ أُلَمَ الجوعِ ، وثقلَ البدن ، لا ما يُزيل تمامَ الشهوة [والنّهمة] (١) وكذلك يجب في الكسوة الوسطُ مما يَليق به ، وهو إمتاعٌ ؛ إذ تسقط بمرور الزمان إذا لم يفرضْه القاضي بخلاف نفقة الزوجة . وفي نفقة الصغير وجهٌ بعيد: أنه (٢) لا تسقط بمرور الزمان تبعًا للزوجة ، فإنّ عنايتها بولدها كعنايتها بنفسها .

فروع

الأول : يستحقّ الأَبُ مع النفقة الإعفافَ ، وكذلك لو كان كسوبًا وكسْبُه لا يَفي إلا بنفسه ، فيستحقُّ ذلك على أظهر الوجهين (٣) ، ولكن لا يجب إلا نفقةُ زوجةٍ واحدَةٍ ، فإن كان له زوجتان سَلَّم إليه (٤ نفقةَ زوجةٍ واحدةٍ ٤) ، ثم يَقْسِمُ هو عليهما .

الثاني : (٥ إذا منع الأبُ النفقة ٥) ، فهل للأُمّ أَخْذُ النفقةِ من ماله دونَ إذنه ؟ فيه وجهان (٦)، مأخذُهما : التردّدُ في أن إذنَ الرسول ﷺ لهندٍ ، كان شَرْعًا أو قضاءً ؟ . ولو استقرضت عليه فوجهان مرتبان وأولى بالمنع . ولو أنفقتْ من مالِ نفسها فوجهان مُرتَّبان وأَوْلى بالمنع ؛ إذ تكون مُقْرِضةً ومُسْتقرضةً . ولو كان للطفلِ مالٌ فأرادت الإنفاقَ عليه من ماله – من غير مراجعة القاضي – فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

الثالث : القريبُ يَرفع أمرَه إلى القاضي ولا يستبدُّ بالاستقراض ، فإن عجز عن القاضي فاستقرض ؟ فيه وجهان (٧) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « أنها » .

(٣) في (أ) : « القولين » .

(٤) في (أ) : « نفقةَ واحدةٍ » .

(٥) في (أ) : « إذا امتنع الأب » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه . انظر الروضة (٩ / ٨٧) .

(٧) انظر الروضة (٩ / ٨٧) .

فإن كان الأب الموسر غائبًا والجدّ حاضرًا ، فعلى القاضي أن يأمر الجدَّ بالإنفاق بشرط الرجوع ، إلا أن يتبرع . وإن استقلّ ، فالظاهرُ : أنه لا يرجع إلا إذا عجز عن القاضي ، ففي رجوعه وجهان .

الرابع : يجب على الأمِّ أن تُرْضع ولدَه اللِّبأ[1] إذ يقال : إنه لا يعيش دونه . ثم الأجرةُ على الأَبِ[2] إن كان له أجرة ، وكذلك في الإرضاع ؛ لأن النفقة على الأب[2] وليس عليها الإرضاعُ إن وَجَدَ غيرها . وإن لم توجد إلا واحدةٌ - ولو أجنبية - وجب / عليها ؛ لأنه من فروض ٢٢٧/ب الكفايات . ومهما رغبت فهي أولى ، فلا يُقَدَّم عليها الأجنبيةَ ؛ رعايةً لجانبها وجانبِ الطفل ؛ لزيادةِ شفقتها .

فإن تبرعت الأجنبيةُ - وطلبت الأمُّ الأجرةَ - فقولان[3] ، حاصلُهما ترددٌ في أنه هل يجب على الأب تحصيلُ زيادةِ هذه الشفقة للطفل ، ودفْعُ الضررِ[4] عنها بمال ؟

هذا إذا لم تكن في نكاحه ، فإن كانت في نكاحه فللزوج مَنْعُها من الإرضاع لأجل الاستمتاع . وفيه وجه : أنَّ مَنْعَها من الإرضاع إضرارٌ بها وبالطفل ، فيُقَدَّم حقُّها . ولا يتجه هذا إلا إذا كان الولد من الزوج ، فإن كان لغيره فَيُقَدَّم استمتاعُ الزوجِ .

* * *

---

(١) اللبأ - بوزن « العنب » - هو أول ما يحلب بعد الولادة من اللبن . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٤٥) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٠) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأظهر هذين القولين : أن له انتزاع الولد من الأم وإعطاءه للأجنبية المتبرعة . انظر الروضة (٩ / ٨٩) . والمنهاج ص (١٢٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ضرر » .

البَابُ الثّاني

في تَرْتيبِ الأقَارِبِ عنْدَ الاجْتِمَاع

والنظرُ في أطرافٍ أربعة :

الأول : في اجتماع الأولاد . وفيه طريقان :

أحدهما : أن التقديمَ للقرْب ، حتى يقدَّم القريبُ المحرومُ من الميراث - كبنت البنت - على البعيد الوارث كبنت ابن الابن . فإن تَساوَيَا في القرب وأحدُهما وارثٌ - كبنتِ بنتٍ ، وابنةِ ابنٍ (١) - ففي تقديم الوارثِ وجهان . فإن اعتبرنا الإرثَ وتفاوتا في القدر ، فهل تُوزَّع على المقادير أو يُسَوّى ؟ فيه وجهان . ومثاله : الابن والبنت .

الطريقة الثانية : أن الإرثَ مُقَدَّمٌ (٢) . فلو تَساوَيَا (٣ في الميراث ، وقُضِيَ بالتساوي ؛ لتساويهما في أصْل الميراث ، لا في قدْره في كلِّ موضع ذكرنا التَّساويَ فيه ، كبنتٍ وابن ابن ٣) : فعند ذلك يُقَدّم الأقربُ [فالأقرب] (٤) . وإن تساويا [فيهما] (٥) يوزع عليهما . وفيه وجه : أنه يقدَّم بالذكورة ، فيقدم الابنُ على البنتِ ؛ لأنه مكتسِبٌ ، والنظرُ إلى الإرث ضعيفٌ مع وجوبها على مَنْ لا يرث ، وعند اختلاف الدِّين .

الطرف الثاني : في اجتماع الأصول . والأبُ مقدّمٌ على الأمّ في الصغر . وبعد البلوغ وجهان :

أحدهما : الأبُ ؛ استصحابًا (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وبنت ابن » .

(٢) في (ب) : « يقدم » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضًا .

(٦) وهذا هو الصحيح أنها على الأب . انظر الروضة (٩ / ٩٢) .

والثاني : أنهما أصلان ، وكأنَّ ذلك كان من أَثر الولاية في الصغر . وعلى هذا ، هل يتفاوتان كتفاوُتِ الإرْث أم لا ؟ فيه وجهان .

أما الأجداد والجدات ، فالقريبُ مقدّمٌ على البعيد المدلي به . فإن اختلفت الجهة ، فخمسةُ طرق (1) :

طريقتان ذَكرْناهما في الأولاد .

الثالثة : أنْ يقدم بولاية المال ، ويدلُّ عليه تقديمُ الأبِ على الأمّ . فإن استويا ، فمن يدلي بوليٍّ فهو أولى ، فإن استويا فالأقرب أولى ، وهو اختيار المسعودي (2) .

الرابعة : تُعتبر الذكورة (3) ، فالذكرُ أولى ، فإن استويا فالمدلي بالذكر أولى ، فإن استويا فالأقرب [أولى] (4) ، وعلى هذا ، الأبُ اليهوديُّ – وإن لم يكن وليًّا – فهو أولى ؛ إذ تُرْعَى الجهةُ المفيدةُ للولاية لا نفسُ الولاية .

الخامسة : النظرُ إلى الإرثِ والاكتسابِ – أعني الذكورةَ – فإن وُجِدَ فيهما أو عُدِم ، أو وُجِد في أحدهما الذكورةُ ، وفي الآخرِ الوراثةُ : استويا . وبعد ذلك يقدّم بالقرب ، وخاصيةُ هذه الطريقة جَبْرُ الذكورة والإرث كلٌّ واحدٍ لصاحبه . وجميعُ هذه الطرق تجري بين الأولاد إلا اعتبار الولاية ؛ لأن المرجِّحات أربعةٌ : الولايةُ ، والقربُ ، والإرثُ ، والذكورةُ . ولْنذكر ثلاثَ صور لشرحِ هذه الطرق :

صورة الأولى : أَبُ أبٍ وأمٌّ . مَن اعتبر القربَ قدَّم الأمَّ ، ومن اعتبر الإرثَ نصَّ عليهما ، (5 إما متساويًا أو متفاوتًا 5) . ومن اعتبر الولايةَ – أو الذكورةَ – قدّم الجدَّ . وقيل : للشافعي (رضي الله عنه) نَصٌّ على أنّ أبَ الأبِ أولى من الأُمِّ ، ولم يُصَحِّحْه الأئمةُ .

صورة الثانية : أَبُ أبٍ ، وأبُ أُمٍّ . مَنْ راعى القربَ سوَّى . ومن راعى الإرثَ أو الولايةَ أو

---

(1) والأرجح اعتبار القرب كما في الروضة (٩ / ٩٢) .

(2) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(3) في (أ) ، (ب) : « الذكورية » .

(4) زيادة من (ب) .

(5) في (أ) ، (ب) : « إما متساويان أو متفاوتان » .

الذكورةَ ، والإدلاءَ بها : قدَّم أبَ الأبِ .

صورة الثالثة : أمُّ أبِ أبٍ ، وأبُ أمٍّ . من راعى القربَ أو الذكورة ، قدم أب الأم . ومن راعى الإرث قدم أم أب الأب .

الطرف الثالث : في اجتماع الأصول والفروع . وفيه مسائل :

إحداها : للفقير أبٌ وابنٌ موسران ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الأبُ أولى ؛ لأنه وليٌّ ، فهو أولى بالتربية ، إذ يُسْتصحب حالُ الصِّغر .

والثاني : الابنُ أولى ؛ لأنه أَوْلَى بالخدمة [١] .

والثالث : أنهما يشتركان .

ثم هل يتفاوتان لأجل الإرث ؟ فيه الوجهان .

الثانية : ابنٌ وجَدٌّ . قيل : الجدُّ أولى ؛ لأنه كالأب ، وقيل : الابنُ أولى للخدمةِ والقربِ [٢] .

الثالثة : ابنٌ وأُمٌّ . قيل : هي كالأبِ ؛ لأنها أصلٌ . وقيل : الابنُ أولى قطعًا .

وعلى الجملة تعود الطرقُ ، وإنما يزيد هاهنا أنَّ الفرعَ بالخدمة أولى ، والأصلَ بالتربية أولى .

الطرف الرابع : في ازدحام الآخذين للنفقة . فإذا لم يَفْضُلْ إلا قوتُ واحدٍ ؟ اتفقوا على أن الزوجة مقدَّمة ؛ لأنها عيالٌ كالأولاد وحقُّها آكدُ ؛ إذ لا يسقط بمرور الزمان ولا بغناها . وفيه احتمالٌ ؛ إذ فيه / مشابه الديون ، ونفقةُ القريبِ في مال المفلس مقدم عليه في يوم الأداء لا ٢٢٨/أ [في] [٣] المستقبل ، إلا أن الزوجة عيال . فأما المُدْلون ببعضيةٍ [٤] فتعود الطرقُ كلّها في الترجيح بالقرب أو الوراثة ، ويزيد هاهنا شيئان :

---

(١) وهذا هو الأصح ؛ لأن عصوبته أقوى ، ولأنه أولى بالقيام بشأن والده . انظر الروضة (٩ / ٩٣) .

(٢) قال البغوي : الأصح أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع ، قريبًا كان أو بعيدًا ، ذكرًا أو أنثى . كذا في الروضة (٩ / ٩٣) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « بالبعضية » .

أحدهما : أن [هناك] [١] الذكورةُ جهةٌ في التقديم ، وهاهنا الأُنوثةُ هي المرعِيَّة ؛ إذ تُشْعِر بضَعْفٍ [٢] .

والآخر : أنا - في الالتزام - ننظر إلى مقادير الإرث على رأي . وقال الأكثرون : في الأخذ لا ينظر إليه ، فإن استوَوْا وَزَّعَ عليهم . وإن كان لا يَسُدُّ التوزيعُ من كلٍّ واحدٍ مَسَدًّا : أَقْرَعَ بينهم .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالضعف » .

البَابُ الثّالِثُ

في أَحْكَام الحَضَانَة

وفيه فصولٌ :

الأول

في الصفات المشروطة

والحضانة : عبارة عن حفْظ الولد وتربيته . وتجب مئونةُ الحضانة على مَنْ عليه النفقةُ . وعند الازدحام يُسْلك بها مَسْلكَ الولاية ؛ لأنها سَلطنة [١] على الحفظ والتربية . لكن تُفارق الولايةَ في أن الإناث أَولى بالحضانة ؛ لأن الأُنوثة تُناسب هذه الولايةَ ؛ لزيادةِ الرِّقَّة والشَّفَقة .

ولو عضل الأقرب – أو غاب – انتقل إلى الأبعد ، لا إلى السلطان ؛ لأن هذا يعتمد الشفقة المجردة بخلاف ولاية النكاح [٢] . ولو امتنعت الأُمُّ ، فأُمُّها أولى من أب الطفل ؛ لأن شفقتها كشفقة الأُمّ . وقيل : ينتقل الحقُّ بعَضْلها إلى الأبِ ؛ وكأنَّه في درجة السلطنة في الولاية . وهو بعيد .

ومهما اجتمع الأبُ والأمُّ ، فالأمُّ أحقُّ بالحضانة [٣] بشرط اتصاف الأمِّ بخمس صفات [٣] :

الإسلام ، والعقل ، والحرّيّة ، والأمانة ، والفراغ .

أما الإسلام : فإنما يُشترط في ولد المسلم ؛ [٤] لأن تسليمه إلى الكافر [٤] يُعرِّضُ دينَه للفتنة .

وأما العقل : فهو الأصل ، فلا ثقةَ بحفْظ المعتوهة [٥] .

---

(١) في (ب) : « سلطة » .

(٢) إذ في النكاح ، إذا عضل الوليّ وامتنع من التزويج ، أو غاب : يزوج السلطانُ لا الأبعد .

(٣) في (أ) : « بشرط الاتصاف بخمس صفات » .

(٤) في (أ) : « لأن تسليمه للكافر » .

(٥) في (ب) : « المعتوه » .

وأما الحرية : فلابُدّ منها ؛ لأن هذه ولايةٌ ، ولا ولايةَ مع الرّق ، ولا يُؤَثر رضا السيد . وكذلك مَنْ نِصْفُها حرٌّ ، ونصفُها رقيقٌ ؛ إذ لا ولاية لمثلها ، ولكن عليها نفقةُ القريب ؛ لأن ذلك من قبيل الغرامات .

وأما الأمانة : فلابُدّ منها ؛ إذ الفاسقة [1] لا يُؤْمَنُ من جانبها [1].

وأما الفراغ : فنَعْني به أن لا تكون في نكاحِ غيره ، فإذا نكحت سقط حقُّها من الحضانة ؛ لأنه نوعُ رِقٍّ ، ولا يُؤثّر رضا الناكح إلا إذا نكحت مَنْ له حقُّ الحضانة كعمٍّ الولد ، فالمشهور أنه لا يُسْقِطُ حقَّها من الحضانة . وفيه وجه : أن الأبَ أولى من الأمّ وإن نكحت العمَّ .

ومهما طلقت قبل المسيس عاد حقُّها ، كما إذا أفاقت من جنون ، أو عتقت من رِقّ ، أو تابت من فِسْقٍ ، أو أسلمت بعد كُفْر . فإن كانت رجعيةً ، فالمنصوصُ : رجوعُ حقِّها ؛ لأنها الآن فارغةٌ معتزلة ، وفيه قولٌ مُخَرّج – وهو اختيارُ المزني – : أنه لا حَقَّ لها ؛ لاستمرار [2] سَلْطنة الزوج [2] .

أما المعتدة البائنة : فيعود حقُّها ، لكن إن كانت في مسكن الزوج ، فللزوج أن لا يرضى بإدْخالِ الولدِ ملكَه . فإن رَضِيَ ، رجع حقُّها لا كرضاه في صُلْب النّكاح ، فإنه لا يؤثِّر ؛ لأن هذا كرضا المُعِيرِ للدَّارِ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا تؤمن جنايتها » .

(٢) في (ب) : « سلطة الزوج » .

الفَصْلُ الثَّاني

فِيمَنْ يسْتَحِقُّ الحضانة

وهو كل مَنْ لا يَسْتقلُّ [١] إمّا لِصغرٍ أو جنونٍ ، لكن الأم أولى بالصَّبِيّ قبل التمييز ، فإذا مَيَّزَ خُيِّرَ بينها وبين الأَب ، وسُلِّم إلى من يختارُه ، غلامًا كانَ أو جاريةً . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « الأب بالغلام أولى ، والأمُّ بالجارية أولى » [٢] . وقد روى أبو هريرة (رضي الله عنه) « أنه ﷺ خَيَّر غلامًا » [٣] .

---

(١) أي لا يستقل بشئون نفسه ، كَلِبْسِه وحدَه ، وشُرْبه وحده ، واستنجائه وغير ذلك .

(٢) اتفق الأئمة على أن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلًا ، وهو الصغيرُ في أول أمره والمجنونُ .

ثم قال الشافعية : إذا صار الصغير مُمَيِّزا ، خُيِّر بين الأبوين إذا افترقا ، ويكون عند من اختاره منهما . وسواءٌ في التخيير الابنُ والبنتُ . وسِنُّ التمييز – غالبًا – سبع سنين أو ثمان تقريبًا . ثم مدارُ الحكم على نفس التمييز لا على سِنّه . انظر : الوجيز (٢ / ١١٨) . المنهاج ص (١٢١) . روضة الطالبين (٩ / ١٠٣) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٩) .

ومذهب الحنفية : أن الأم أحق بحضانة الطفل حتى يَسْتغني بنفسه عن الخدمة . وتكون الجارية عند أمها حتى تحيض ، فإذا استغنى الولد عن الخدمة وحاضت البنت ، فالأبُ أحقُّ بهما ، ولا يُخَيَّران . انظر : الهداية (٢/ ٣١٨) . الاختيار (٤ / ١٤ ، ١٥) . فتح القدير (٤ / ٣٧١) .

ومذهب المالكية : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ سقطت حضانةُ الأم ، وهي أحقُّ بالأنثى حتى يدخل بها زوجها . انظر : الكافي ص (٢٩٦) . القوانين ص (٢٢٩ ، ٢٣٠) . الشرح الصغير (٢/ ٧٥٥) . الشرح الكبير (٢ / ٥٢٦) .

ومذهب الحنابلة : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ، ثم يُخَير بين أبويه – كمذهب الشافعية – وأما الجاريةُ ، فالأم أحقُّ بها حتى تبلغ سبعَ سنين ، فإذا بلغتها كانت عند أبيها ، ولا تُخَيَّر . انظر : المقنع ص (٢٧٢) . دليل الطالب ص (٢٤٢) . الروض المربع (٤٦٥) . المغني (٧ / ٦١٤ ، ٦١٥) . الإفصاح (٢ / ١٨٦) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٧٠٨) (٧) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « من أحق بالولد » حديث (٢٢٧٧) بإسناده عن أبي ميمونة قال : بينما أنا جالس مع أبي هريرة ، جاءته امرأة فارسية معها ابن لها ، فادَّعَيَاه وقد طلقها زوجها ، فقالت : يا أبا هريرة – ورَطَنَتْ له بالفارسية – زوجي يريد أن يذهب بابني . فقال أبو هريرة : اسْتَهِمَا عليه – ورطن لها بذلك – فجاء زوجها فقال : مَنْ يحاقني في ولدي ؟ فقال أبو هريرة : اللهم إني لا أقول هذا ، إلا أني سمعتُ امرأةً جاءت إلى رسول الله ﷺ ، وأنا قاعد عنده فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد =

ولا ننظر إلى سبع سنين، بل نتبع التمييز. فإن استمرت الغباوة إلى ما بعد البلوغ فالأمُّ أولى، وكذلك إن اتصل به جنونٌ، وكأنَّ حقَّها لا ينقطع إلا باختيارِ الصَّبِيّ عن تمييزٍ.

ولو اختار أحدهما، ثم رجع، رُدَّ إلى الآخر؛ لأن الحال قد يتغير في الرفق به [١]، إلا إذا كثر تردُّده حتى دَلَّ على قلة التمييز، فيردّ إلى الأمّ، وكذلك إذا سكت عن الاختيار. [٢] هذا في حق الصبي [٢].

أما البالغ: - إذا كان غير رشيد - فهو كالصّبيّ. وإن كان رشيدًا - وهو ذَكرٌ - استقلَّ. وإن كانت جاريةً وهي بكرٌ، فالظاهر: أن للأب أن يُسْكِنَها مَوْضعًا، وليس لها الاستقلال وإن كانت رشيدةً، كما يُجْبرها على حَبْس النكاح، وهو أعظم من حَبْسِ المسْكن. ثم هذا يختصّ بالأبِ والجدِّ ومَنْ له ولايةُ الإجبار. وفيه وجه: أنها تستقلُّ، وإنما التزويج بالجبر.

أما البنت فإنها تستقلُّ إذا تَمَّ رشدُها بالممارسة، لكنها إن كانت تُتَّهَم بريبةٍ، فلِعَصَباتها ولايةُ إسكانها وملاحظتُها؛ دَفْعًا للعار عن النسب، ولا يثبت هذا إلا لمن له ولايةُ التزويج. ولو ادّعى الريبةَ فأنكرتْ [٣]، فَتَبْعُد مطالبتُه بالإثبات [٤] بالبينة؛ فإن ذلك افتضاحٌ [٥] يجرُّ العارَ، والاحتكامُ على عاقلة - أيضًا - بمجرد الدعوى / بعيد، ولكن إقامةُ البينةِ أبعدُ منه [٦]. ٢٢٨/ب

= أن يذهب بابني، فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه» فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «هذا أبوك، وهذه أمك، فَخُذْ بيد أيهما شئتَ» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به.

ورواه النسائي (٦ / ١٨٥) كتاب «الطلاق» باب «إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد». ورواه الترمذي (٣ / ٦٣٨) (١٣) كتاب «الأحكام» (٢٢) باب «ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا» حديث (١٣٥٧) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه (٢ / ٧٨٨) (١٣) كتاب «الأحكام» (٢٢) باب «تخيير الصبي بين أبويه» حديث (٢٣٥١) جميعا من طرق عن زياد بن سعد عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة عن أبي هريرة مرفوعًا به. والحديث صححه ابن القطان كما في نصب الراية (٣ / ٢٦٩).

(١) كلمة: «به» ساقطة من (أ).

(٢) في (أ): «هذا في الصبيّ».

(٣) في (أ): «فأنكر» وهو خطأ.

(٤) في (ب): «بالإتيان».

(٥) في (أ): «إفضاح».

(٦) والأصح أنه يقبل قوله، ويحتاط بدون مطالبته بالبينة؛ لأن إسكانها في موضع البراءة، أهون من الفضيحة لو =

فرعان

أحدهما : [هل][1] يجري التخييرُ بين الأُمّ ، ومَنْ يقع على حاشية النسب ، كالعمِّ والأخِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [نعم][2] كالأب و الجد[3] .

والثاني : أن الأُمَّ أولى ، وإنما التخييرُ مع الأبِ والجدِّ ؛ لأن لهم درجةَ الولاية [والإجبار][4] .

[5] ويجري هذا الخلاف [5] في التخيير بين الأبِ ، والأختِ والخالةِ إذا قلنا : إن الأبَ مقدَّمٌ عليهما في الحضانة .

الثاني : أنه إذا اختار الأبَ ، لم يمنعْها[6] من الزيارة ، وإذا اختار الأمَّ لم يَسْقط عن الأب مئونةُ الحضانةِ ، والقيامُ بتأديبه ، وتسليمُه إلى الحرْفة أو المكْتبِ ، وكذلك المجنونُ الذي لا تَسْتقلُّ الأمُّ بضبطه ، يجب على الأب رعايتُه . ومهما سافر الأبُ سَفَرَ نُقْلَةٍ[7] بطل تقديمُ الأمِّ، وكان له استصحابُ الولدِ ؛ كيلا ينقطعَ النسبُ [8] سواء كان قبل التمييز أو بعده [8] ؛ إذ فيه ضرارٌ . نعم ، لو رافقتْه الأمُّ فهي أولى . وليس له استصحابُه في سفر النُّزهة ، ولا في سفر التجارة [9] وإن طالت المدةُ [9] . وفيه وجه ؛ لِطولِ المدة .

ولو انتقل إلى ما دُونَ مرحلتين ، ففي جواز انتزاع الولد وجهان ؛ لأن تتابع الرفاق يمنعُ اندراسَ النسبِ .

* * *

= أقام بينة . انظر الروضة (٩ / ١٠٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١٠٤) .

(٤) زيادة من (أ) ،(ب) .

(٥) في (أ) : « وهذا الخلاف يجري » .

(٦) أي لم يمنع الأم من زيارة الولد .

(٧) أي سفر انتقال من موضع إلى موضع .

(٨) في (أ) : « سواء كان بعد التمييز أو قبله » .

(٩) ساقطة من (أ) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في التزَاحُمِ والتّدَافُع (١)

والنظر في أطراف :

الأول : في اجتماع النسوة . فإن تدافعن ، فالحضانةُ على مَنْ عليها النفقةُ . وإن تزاحموا (٢) وطلبتْ كلُّ واحدةٍ الحضانةَ - فالنصُّ في الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المدْلِيَات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأبِ وجداته المدليات بالإناث وإن عَلَوْنَ . (٣ ثم أم الجد وجداته على الترتيب المقدم في الأب ٣) ، ثم أم أب الجد وجداته كذلك ، ثم الأخوات ثم الخالات (٤) ثم بنات الإخوة ، ؛ لأن الخالة أمٌّ (٥) ، (٦ وشفقتُها أكثر من شفقة العمات ٦) ، وهنّ بعد الخالات ؛ لأن قرابة الأمّ أقوى في الحضانة . والقديمُ يوافق الجديدَ في جميع هذا الترتيب إلا أنه في القديم قدَّم الأَخَوات والخالاتِ على أُمّهات الأبِ لإِدْلائهن بالأمّ . وهو ضعيفٌ ؛ لأن شفقة الأصول أعظمُ (٧) .

---

(١) أي إذا اجتمع مَنْ لهم ولاية الحضانة ولم يتفقوا على واحد منهم ، وهو المقصود بالتدافع .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن تزاحمن » .

(٣) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب).

(٤) قوله : « ثم الخالات » ساقط من (ب) .

(٥) يعني بمنزلة الأم ، وهو يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري (٥ / ٣٥٧) (٥٣) كتاب « الصلح » (٦) باب « كيف يُكتب « هذا ما صالح عليه فلانُ بنُ فلانٍ فلانَ بنَ فلان » حديث (٢٦٩٩) بإسناده عن البراء - في قصة - وفيها « الخالة بمنزلة الأم .. » . ورواه أبو داود (٢ / ٧٠٩) حديث (٢٢٧٨) ورواه الترمذي (٤ / ٢٧٦) حديث (١٩٠٤) .

(٦) في (أ) : « وشفقتها أكثر من العمات » .

(٧) قال الحموي : « قوله في الفصل الثالث في التزاحم أو التدافع : (والنظر في أطراف : الأول : في اجتماع النسوة فإن تَدَافَعْنَ في الحضانة ، فالنص الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المُدْليات بالإناث لا بالذكور ... إلى آخره) .

قلت : ذكر الشيخ أن الأم أولى في الحضانة على الجديد ، ومعلوم أنه لا خلاف في كون الأمّ مقدمةً على الجديد والقديم . وذلك يخالف ما ذكره الشيخ هنا .

قلت : وإن كان المفهومُ منه ذلك إلا أنه ذكر بعد ذلك ما يدلُّ على أن مرادَه بذلك أن الأمَّ أولى على القولين ، =

ويَبْقَى النَّظَرُ في ثَلاثِ مَسَائل :

إحداها : أن الأخت من الأب مقدمةٌ على الأُخت من الأم في الجديد ، وذُكِر وجهٌ – في التخريج على القديم – : أن الأختَ للأُمِّ مقدمةٌ لقرابة الأم . وعلةُ الجديد : أنهما يستويان في الشفقة ، ولا تؤثر جهةُ الأم في زيادة الشفقة (١) ، لكن هذه لها قوةٌ في الميراث ، (٢ ويصلح ذلك في الترجيح ٢) ، لكن هذا لا يطَّرد في خالةٍ لأبٍ وأخرى لأُمٍّ ، وكذلك لِعَمَّاتٍ (٣) ؛ إذ لا ميراثَ : فمنهم من قدم الخالةَ للأب ؛ لأن الميراث بَيَّنَ لنا قوة هذه الجهة ، فلا يرعى غير الميراث . ومنهم من قدم الخالةَ للأمّ ؛ إذ لا ميراث ، وقرابةُ الأُمّ آكدُ .

الثانية : نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث ، (٤ وهي كل جدة تُدْلي بِذَكَرٍ بين الأنثيين . وهو مشكل ؛ لأنها – وإن كانت ساقطة في الميراث – فالخالة ٤) والعمة أيضًا كذلك ، ولعل سببه : أن الذكرَ الذي ليس بوارثٍ ليس له ولايةُ الحضانة ، وهي تدلي به ، ولهذا الإشكال ذكر أصحابنا وجهين آخرين :

أحدهما : أنهن لو انفردن فلهنّ الحضانة ، ولكنهنّ مؤخرات عن الخالات وجميعِ المذكورات .

والثاني : أنهن مؤخراتٌ عن الجدات الوارثات ، مقدماتٌ على الأخوات والخالات .

الثالثة : القريبة الأُنثى التي لا محرميةَ لها – كبنات الخالات وبنات العمات – فيه وجهان :

= فقال : والقديم موافق للجديد في جميع هذا الترتيب ؛ إلا أنه في القديم قدَّم الأخواتِ على أمهات الأب لإدلائهنَّ بالأم ، وهو ضعيف ، فإذا كان كذلك صح ما ذكرناه وكأنه قال : النص الجديد في جميع القول المرتب : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث وإن عَلَوْنَ ، ثم أم الجد وأمهاته على الترتيب المقدم في الإرث ، ثم أم الجد وجْداته كذلك ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الإخوة ثم الخالة ؛ لأن الخالةَ أمٌّ وشفقتُها أكثرُ ، ثم العمات وهن بعد الخالات ؛ لأن قرابةَ الأم أقوى في الحضانة ، والقول القديم تقديمُ الأخوات على أمهات الأب ، وهو ضعيف ؛ لأن شفقة الأصول أعظم ». مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب - ١٦٦ / ب) .

(١) في الأصل « شفقة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ويصلح ذلك للترجيح » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « العمات » .

(٤) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

أحدهما : أنه لا حضانةَ لهنّ ؛ إذ الحضانةُ تستدعي خبرةً ببواطن الأمور ؛ فتستدعي المحرمية .

والثاني : أنه تثبت ، وذكر الفوراني ذلك ، وقال : الخالاتُ مقدماتٌ على بنات الإخوة ، وبناتُ الإخوةِ مقدماتٌ على العمات كما يُقَدم ابنُ الأخِ في الإرث على العم . وقال : بناتُ الخالات مقدماتٌ على بنات العمات .

الطرف الثاني : في اجتماع الذكور ، وهم أربعة أقسام :

الأول : مَحْرمٌ وارثٌ . فله حقُّ الحضانة ، ويترتبون ترتب العصباتِ في الولاية إلا الأخَ من الأم ، فإنه ليس بوليٍّ ، وهو متأخرٌ عن الأصول وعن الإخوة للأب [مع أنه محرم وارث] (١) . وهل يؤخر عن العمّ ؟ فيه وجهان : منهم من أَخَّر ؛ للولاية . ومنهم من قدّم ؛ للقُرْب والشفقة . وهو الأظهر .

الثاني : الوارث الذي ليس بمحْرمٍ - كبني الأعمام - : (٢لهم حقُّ حضانةٍ ٢) في الصبي وفي الصغيرة التي لا تُشْتهى دون التي تُشتهى .

الثالث : المحرم الذي ليس بوارث - كالخالِ ، وأبِ الأُمِّ ، والعمّ من الأم ، وبني الأخوات - : فهم مؤخرون عن الورثة . وهل لهم حقٌّ عند فَقْدِهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [تثبت] (٣) للمحرمية كما تثبت للخالة وإن لم تكن وارثة .

والثاني : لا ؛ لأن الخالة أُنثى ، وانضمامُ الأنوثةِ إلى القرابة مُؤَثِّر (٤) . ثم لا خلاف أن المستحبّ للسلطان أن يُسَلِّم إليهم .

الرابع : قريبٌ ليس بمحْرَمٍ ولا وارث - كابن الخالة والخال - فالصحيح : أنه لا حقَّ لهم وإن ظهر الخلاف في بنات / الخالات لأجل الأنوثة . وفيه وجه . ٢٢٩/أ

الطرف الثالث : في اجتماع الذكور والإناث . ولا شك أن الأم وأمهاتِها مقدماتٌ ، إذا كُنَّ من جهة الإناث ، ثم بعدهن في الأب والجدات - من قبل الأب - قولان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « لهم الحضانة » .

(٣) زيادة ضرورية من (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١١١) .

ظاهرُ النص : تقديمُ الأبِ ، فلا يُقدم على الأب إلا الأمُّ وأمهاتُها . كذلك قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) .

والثاني : أنهن مقدمات وإن أَدْلَيْنَ به ؛ لشفقة الأنوثة . فعلى هذا ، في تقديم الأخوات على الأب ثلاثة أوجه :

أحدها : التقديم ؛ للأنوثة .

والثاني : لا ؛ لأن الأبَ أصلٌ .

والثالث : أنه يُقدم على الأخت للأب ؛ فإنها فَرْعُه دون الأختِ للأم والأخت للأب والأم .

وهذا الوجه لا يجري في الخالة ؛ لأنها ليست فَرْعًا ، ولكن يجري الوجهان في تقديم الخالة على الأب ، بل تقديمُ الخالةِ عليه أولى من تقديم الأختِ . وكلُّ جدةٍ ليست فاسدةً فهي مقدمةٌ على كل عصبة تقع على حواشي النسب .

وأما الذكور والإناث على الحواشي إذا استووا في القرب والإرث ، فالأنثى أولى ، والأخت أولى من الأخ .

ولو كانت الأنثى بعيدةً – والذكرُ قريبًا – فوجهان ؛ لتعارضِ الأُنوثة والقرابة .

* * *

السَّبَبُ الثّالِثُ للنَّفَقة

مِلْكُ اليَمِين

وفيه مسائل :

الأولى : أن نفقة المملوك إمتاعٌ ، وهو على الكفاية . ولا تَسْقط إلا بزوال الملك أو الكتابة [١] . وليس عليه أن يُطْعمه ويكسُوَه من جنس ما يَطْعم ويَكْتسي ، ولكن ما يليق به . ولو اقتصر من الكسوة على ما يستر به العورة ، لم يَجُزْ ذلك في بلادنا ؛ لأنه [٢] إضرارٌ وإن لم يكن يتأذّى بحَرٍّ وبَرْدٍ . وهل يجب تفضيلُ النفيسِ على الخسيس في الكسوة ؟ [٣] فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب ؛ إذ [٤] العادةُ تقتضي ذلك .

والثاني : لا ؛ لأن الرقيقَ يليق به الخشنُ وإن كان نفيسًا .

والثالث : أنه لا يُفْرق في العبيد ، أما الجواري ، فيُفَضِّل السُّرِّيّةَ [٥] على الخادمة .

الثانية : قال رسول الله ﷺ : « إذا كفى أحدَكم طعامَه خادمُه ، حَرَّه ودُخَانَه ، فَلْيُجْلِسْه معه ، فإنْ أبَى فَلْيروِّغْ له لقمةً ، ولْيُنَاوِلْها إيّاه » [٦] ؛ فترددوا فيه على ثلاثة أوجه :

---

(١) أي إذا كاتب العبدُ سيدَه على العتق.   (٢) في (أ) : « فإنه » .

(٣) أي هل يجب تفضيل العبد النفيس على غيره في الكسوة ؟ .

(٤) في الأصل : « إذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) السُّرِّيّة : هي الجارية التي اتخذها سيدُها فراشًا لنفسه رجاءَ ولدها . انظر طلبة الطلبة ص (١٠٤) .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٤٩٤) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (٥٥) باب « الأكل مع الخادم » حديث (٥٤٦٠) بلفظ « إذا أتى أحدَكم خادمُه بطعامه ، فإن لم يُجْلِسْه معه ، فَلْيُنَاوِلْه أُكْلَةً أو أُكلتين ، أو لُقْمةً أو لقمتين؛ فإنه وَلِيَ حَرَّه وعِلاجَه» . ورواه مسلم(٣/١٢٨٤)(٢٧) كتاب«الإيمان»(١٠)باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يَلْبس، ولا يُكَلِّفه ما يغلبه» حديث(١١١٣)بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : « إذا صنع لأحدكم خادمُه طعامَه، ثم جاءه به– وقد وَلِيَ حرَّه ودُخَانَه– فَلْيُقْعِدْه معه، فليأكل. فإن كان الطعام مَشْفوهًا قليلا ، فليضع في يده منه أُكلة أو أُكلتين » .

=

أحدها : أن ذلك واجب على الترتيب .

والثاني : أنه يجب ، إما الإجْلاسُ أو ترويغ [1] اللقمةِ ، ولا يجب الترتيبُ .

والثالث : - وهو الأظهر - أن ذلك مستحبٌ ، وهو من مكارم الأخلاق .

الثالثة : الرقيقة - أو أم الولد - إذا أتت بولد فعليها الإرضاع ، بخلاف الزوجة ؛ فإنها رقيقة ، ولا يُفَرِّق بينه وبينها . ولا تُكَلّف أن تُرْضِع غَيْرَ ولدها مع ولده [2] ؛ فإنه إضرارٌ بها وبولدها . نعم ، له أن يستمتعَ بها ويضمّ الولدَ إلى غيرها في وقت الاستمتاع .

الرابعة : ليس لها فطامُ ولدِها قبل الحولين ولا الزيادة على الحولين إلا برضاه ، والمتَّبعُ رضا السيد فيه [3] إلا إذا كان إضرارًا بالولد [3] . وأما الحرة ، فحقُّها مؤكدٌ في إرضاعِ ولدِها ، فيتوقَّف الفطامُ على توافقهما . فإن أرادت الفطامَ فله المنعُ . وإن أرادت الإرضاع [بالأجرة] [4] وأراد الأبُ الفطامَ ، فعليه الأجرةُ وليس له المنعُ .

الخامسة : لا أصلَ للمُخَارجة ، وهو ضَرْبُ خراجٍ مقدَّر على العبد كلَّ يوم ، بل على العبد بَذْلُ المجهود [5] وعلى السيد أن يَحْمِلَه على ما يطيقه [5] . فلو امتنع السيدُ عن الإنفاق يُبَاع عليه ، فإن لم يرغب أحدٌ في شرائه ، فهو من محاويج المسلمين .

السادسة : يجب عليه علفُ الدوابّ ؛ لأنّ أرواحها محترمةٌ ؛ ولذلك لا يجوز تعذيبُها ولا ذَبْحُها إلا لمأكله ، وكذلك لا ينزف ألبانها بحيث يستضرُّ بنتاجها .

= ورواه الترمذي في سننه (٤ / ٢٥٢) حديث (١٨٥٣) ولفظه قريبٌ من لفظ المصنف .

(١) في (أ) : « وإما ترويغ » .　　(٢) في (أ) : « ولدها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا إذا كان فيه إضرار » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « وعلى السيد أن يُحمّله ما يُطيقه » . وفي قوله هذا إشارة إلى قوله ﷺ : « للملوك طعامه وكسوته ، ولا يُكلف من العمل إلا ما يطيق » رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٢٨٤) حديث (١٦٦٣) .

ويجوز غصبُ العلفِ والخَبَطِ [1] لحاجتها [2] إذا أشرفَتْ على الهلاك على المذهب الظاهر .

والمسافرُ يُقَدِّم حاجةَ الدابةِ إلى الماء على الوضوء ، فيتيمَّم . وإذا أجدبت الأرضُ فعليه علفُ السائمة .

ولا يجب عليه عمارةُ دارِه وقناتِه وعَقارِه وإن أشرفت على الانهدام ؛ لأن الحرمةَ لذي الروح . فإن امتنع من العلف ، فللقاضي أن يُجْبره على البيع ، أو يَبيع عليه ، [3] والله تعالى أعلمُ وأحكمُ ، والحمدُ لله ربّ العالمين[3] .

* * *

(١) الخبط : أوراق الشجر . انظر المصباح المنير (١ / ٢٥١) . والقاموس المحيط ص (٨٥٧) .

(٢) في (أ) : « لجراحتها » .

(٣) ما بين الرقمين ليس في (أ) .

كتاب الجنايات [1]

(١) واحدتها : جناية . وهو مصدر « جنى على نفسه أو غيره جنايةً : إذا فعل مكروها . والجناية ، هي الجرم والذنب ، والمقصود بها هنا : ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة » .

والجنايات ثلاثة أنواع : وهي القتل ، أو قطع عضو ، أو جرح لا يُزْهق الروحَ ولا يَفْصِل جزءًا من الجسد . انظر : المصباح المنير (١ / ١٧٦) . المطلع على أبواب المقنع من (٣٥٦) . معجم لغة الفقهاء ص (١٦٧) . الروضة (٩ / ١٢٢) .

اعلم أنَّ (١) أدلة الشريعة من الكتاب والسنة والإجماع ، متظاهرةٌ على أن القتل كبيرة متفاحشة (٢) موجبةٌ للعقوبة في الدنيا والآخرة (٣) .

وموجباته في الدنيا ثلاثة : القصاصُ (٤) ، والدية ، والكفارة (٥) .

أما القصاص ، فالنظر في حكمه عند العفو ، والاستيفاء ، وفي مُوجِبِه . **أما الموجب** ، فالنظر فيه يتعلّق بالطرف والنفس . **أما النفس** ، فالنظر فيها يتعلق بأركان / وهو : القاتل ، والقتيل ، ونفس القتل . ٢٢٩/ب

الركن الأول
القتل نفسه

والموجِبُ للقصاص منه : كلُّ فعل عَمْد محض ، عدوان ، مُزْهِق للروح (٦) .

وقولنا : (مزهق) يتناول المباشرةَ والسببَ ؛ فلزم (٧) تمييزُ العمد المحض عن غيره ، وتمييزُ السبب عن غيره . وينكشف بالنظر (٨ في أطراف خمسة ٨) :

---

(١) قوله « اعلم أن » زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فاحشة » .

(٣) ومن الآيات في ذلك قولُه تعالى : ﴿ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم خالدًا فيها ...﴾ الآية [النساء : ٩٣] . وقوله تعالى : ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسًا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعًا ...﴾ الآية [المائدة : ٣٢] . ومن الأحاديث قوله ﷺ : « لن يزال المؤمن في فُسْحَةٍ من دينه ما لم يُصِبْ دمًا حرامًا » . رواه البخارى في صحيحه (١٢ / ١٩٤) (٨٧) كتاب « الديات » (١) باب قول الله تعالى : « ومن يقتل مومنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم » حديث (٦٨٦٢) . وقوله ﷺ : « لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل مسلم » رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠) (١٤) كتاب « الديات » (٧) باب « ماجاء في تشديد قتل المؤمن » (١٣٩٥) . وقال في مغني المحتاج (٤ / ٢) : « وتصح توبة القاتل عمدًا ؛ لأن الكافر تصح توبته فهذا أولى ، ولا يتحتم عذابُه ، بل هو في خطر المشيئة ، ولا يُخَلد عذابُه إنْ عُذِّب وإنْ أصرّ على ترك التوبة كسائر ذوي الكبائر غير الكفر . وأما قوله تعالى : ﴿ومن يَقْتُلْ مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم خالدًا فيها ....﴾ الآية [النساء : ٩٣] فالمرادُ بالخلودِ المكثُ الطويل ؛ فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم ، أو مخصوص بالمستحلّ لقتله كما ذكره عكرمة وغيره » . وانظر الروضة (٩ / ١٢٢) . حاشية نور الدين الشبراملسي على نهاية المحتاج (٧ / ٢٤٦) .

(٤) والقصاص يكون في العمد المحض دون الخطأ وشبه العمد . انظر الروضة (٩ / ١٢٤) .

(٥) ولكن لا يجتمع القصاصُ والدية لا وجوبًا ولا استيفاءً ، أما الكفارة فأعمُّ منهما ، فتجب مع كل واحد منهما ، وقد تنفرد عنهما . انظر الروضة (٩ / ١٢٢) .

(٦) قال في الروضة (٩ / ١٢٣) بتصرف : وقولنا : (كل فعل) ليشمل الجرح وغيره . وقولنا : (عدوان) احتراز من القتل الجائز . وقولنا : (من حيث كونه مزهقا) احتراز عما إذا استحق حَزَّ رقبته قصاصًا فَقَدَّه نصفين ، فإنه لا يتعلق به قصاصٌ وإن كان عدوانًا ؛ لأنه ليس بعدوان من حيث كونه مزهقا وإنما هو عدوان من حيث إنه عَدَلَ عن الطريق المستحق » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فيلزم » . (٨) في (أ) ، (ب) : « في خمسة أطراف » .

الطرف الأول

في تمييز العمد عن شبه العمد

والقصد له ثلاث متعلقات :

أحدها : بالفعل [١] . فمن تَزْلَقُ [٢] رجلاه ، فسقط على غيره فمات ، فهو خطأ محض [٣]

الثاني : التعلق بالشخص . فمن رمى إلى صيد ، فأصاب إنسانًا ، فهو خطأ محض وإن كان الفعل باختياره .

الثالث : القصد المتعلق بزهوق الروح [٤] وبهذا يتميز [٤] العمد عن شبه العمد .

وفي ضبطه طريقان [٥] :

(أحدهما) : أنَّ ما عُلِم حصولُ الموت به – بعد وجود قَصْد الفعل والشخص – فهو عمدٌ محض ، سواءٌ كان قَصْدُ الفاعل [٦] إزهاق الروح أو لم يكن قَصَدَ [٧] . وسواء كان حصول الموت به غالبًا أو نادرًا [٨] كقطع الأنملة .

(الطريقة الثانية) [٩] : أن الضابط : « ما يُقْصد به القتل غالبًا في المثقل [١٠] » ، فأما في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الفعل » .

(٢) زَلَقَت القدمُ زَلَقًا ، من باب « تعب » : أي لم تثبت حتى سقطت ، ويُعدَّى بالألف والتشديد ، فيقال : أَزْلقته وزلَّقته . انظر المصباح المنير (١ / ٣٨٩) مادة (ز ل ق) .

(٣) وذلك لأنه لم يقصد الفعل أصلًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا تمييز » .

(٥) أي في ضبط العمد المحض عن غيره وهو شبه العمد والخطأ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الفعل » .

(٧) وتقرأ أيضًا : أو لم يكن قَصْدٌ .

(٨) في الأصل : « ونادرًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « الطريق الثاني » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « المثقلات » والمثقل هو ماليس له حدٌّ يجرح ولا سِنٌّ يطعن ، كالعصا والحجر . والمحدّد : هو ما يقطع ويدخل في البدن ، أو يُفرّق أجزاءَ الجسد ، مثل السيف والسكين والأسلحة النارية وغير ذلك . انظر الفقه الإسلامي وأدلته (٦ / ٢٣٠ ، ٢٣٢) .

الجراحات : « فكلُّ جرحٍ سَارٍ [١] ذِي غَوْرٍ » ؛ لأن قطع الأنملة لا يُقْصَد به القتل غالبًا . ثم هو موجب للقصاص . وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل . وللمثقَّلِ أيضًا تأثيرٌ في الباطن ، وغَوْرٌ في الترضيض .

والطريقة الأولى [أيضًا] [٢] مدخولة ؛ لأنه لو ضرب كوعه بعصا ، فتورم ودَامَ الألمُ حتى مات ، عُلم حصولُ الموت به ، ولا قصاص فيه ؛ لقوله (عليه السلام) : « قَتيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مائة مِنَ الإِبِلِ [٣] » وأيُّ فرقٍ بينه وبين ما لو غرز إبرةً ، فأعقبتْ ألمًا وورمًا حتى مات ، إذ يجب القصاص به . ولو أعقبت ألما دون الورم فوجهان . فإن أمكن أن يقال : المضروب بالعصا ، لعله مات فجأةً بسبب في باطنه : أمكن ذلك في غرز الإبرة !! كيف وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أبان بعض الأصابع ، فتأكل الباقي ، فلا قصاص في الباقي ، وقد علم حصول السِّراية به [٤] . ونصَّ على أنه لو ضرب رأسه ، فأذْهَبَ ضوءَ عينيه وجب القصاص في الضوء ؛ لأن اللطائف تُقْصد بالسراية دون الأجسام . وقد عُلِمَ حصول السراية في الموضعين ؛ وعن هذا تصرّف بعضُ الأصحاب في النصَّيْن بالنقل والتخريج ، وقالوا : فيهما قولان ، فتخرج الطريقتان [٥] على القولين .

---

(١) أي يَسْري في البدن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . ويعني بالطريقة الأولى : الضابط الأول للعمد المحض .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤ / ٦٨٢) (٣٣) كتاب « الديات » (١٩) باب في « دية الخطأ شبه العمد » حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، فكبر ثلاثًا ، ثم قال : « لا إله إلا الله وحده ، صدقَ وعْدَه ، ونَصَر عبْدَه ، وهزم الأحزابَ وحدَه ، ألا إن كل مأثرة كانت في الجاهلية تُذْكر وتُدْعى من دمٍ أو مالٍ تحت قدميَّ إلا ما كان من سقاية الحج وسدانة البيت » ثم قال : « ألا إنَّ ديةَ الخطأ شِبْهَ العمد - ما كان بالسوط والعصا - مائةٌ من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادُها » .

ورواه النسائي (٨ / ٤٠) كتاب « القسامة » باب « كم دية شبه العمد » . وابن ماجه (٢ / ٨٧٧) حديث (٢٧٢٦) ثلاثتهم من طرق عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ .

(٤) انظر نصّ الشافعي في مختصر المزني ص (٢٤٢) . الحاوي الكبير للماوردي (١٢ / ١٦٣) . وكلمة : « دية » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الطريقان » .

ولمَّا عَسِرَ الضبط [١] على أبي حنيفة (رحمه الله) - إذْ رأى القصدَ خفيًّا - عَوَّل على الجارح [٢] ؛ فلزمه إسقاط القصاص في التغريق والتخنيق والتحريق [٣] .

فالأوْلى في تعليل مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أن نترك الضبط ، ونقول : حصولُ الموت بالسبب : إما أن يكون نادرًا ، أو كثيرًا ، أو غالبًا . وليس كل كثير غالبًا ؛ فإن المرض كثيرٌ وليس بنادرٍ ولا غالبٍ بل الغالبُ الصحة . والجذامُ نادرٌ لا كثيرٌ ولا غالبٌ ؛ فكلُّ ما كان حصولُ الموتِ به نادرًا [٤] ، فلا قصاص فيه [٥] ، كالعصا والسوط وغرْز إبرة لا تُعقب ورمًا . ولما كان

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الضابط » .

(٢) أي جعل العمد المحض الذي فيه القصاص هو القتل بالجارح كالسيف والسكين دون القتل بالمثقل . انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٣) . الهداية (٤ / ٥٠٧) .

(٣) قوله : (والتحريق) فيه نظر ؛ فإن مذهبَ أبي حنيفة (رحمه الله) - في القتل بالنار - القصاصُ . انظر تفصيل ذلك في المسألة الآتية :

مذهب الشافعية : أنه يلزم القصاص فيما إذا ضربه بمثقل يقتل غالبًا - كالحجر - أو أحرقه ، أو صلبه ، أو هدم عليه حائطًا ، أو أغرقه ، أو خنقه ، أو دفنه حيًّا فمات : وجب القصاص في ذلك كله . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : مختصر المزني ص (٢١٤) . الوجيز (٢ / ١٣٦) . المنتقى (٧ / ١٠٠) . القوانين الفقهية ص (٩ / ١٢٥) . الشرح الكبير (٤ / ٢٤٢) الفروع لابن مفلح (٥ / ٦٢٢ ، ٦٢٣) . المبدع (٨ / ٢٤١ - ٢٤٩) . زاد المستقنع ص (٣٤٩) . المغني لابن قدامة (٧ / ٦٨٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن القصاص إنما يجب في القتل بالنار ، أو بالمحدّد من الحديد ، أو الخشبة المحدّدة ، أو الحجر المحدّد .

فأما إنْ أغرقه بالماء ، أو قتله بحجر غير محدّد ، أو خنقه ، فلا قود ؛ وذلك لأنَّ هذا القتل - عند أبي حنيفة - شبْهُ عمدٍ ، لا عمدٌ محض ، وفي ذلك الكفارةُ ، والديةُ على العاقلة .

انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٣) . المبسوط (٢٦ / ١٢٢ ، ١٥٢) . الهداية (٤ / ٥٠٧) . رءوس المسائل ص (٤٥٦) . رد المحتار (٦ / ٥٤٣) . الجامع الصغير ص (٤٩٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكل ما حصل الموت به نادرًا » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (الركن الأول : القتل الموجب للقصاص : كل فعلٍ عَمْدٍ محض عدوان مزهق للروح ... إلى قوله : قال : الطريقة الثانية : أن الضابط فيما يُقْصَد به القتل غالبًا ثم هو موجب للقصاص وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل ، وللمثل أيضا تأثير في الباطن ... إلى قوله : ولما عَسُر الضبط على أبي حنيفة إذ رأي القصد خفيًّا عوّل على الجرح ، فلزم إسقاط القصاص في التحريق والتغريق والتخنيق) ثم =

سقوط الأطراف بالسراية نادرًا ، نصّ على سقوط القصاص فيه ، بخلاف زوال اللطائف كالعقل والبصر .

ويقابل هذه الرتبةَ ما كان حصولُ الموت به غالبًا ، كالجراحات الكبيرة والمثقلات ، فتلحق [1] بما يكون حصولُ الموت به ضروريًا ، كالتخنيق وحزّ الرقبة .

والمتوسط الذي يكون حصولُ الموت به كثيرًا لا غالبًا - كالجراحات الواسعة فوق غرز الإبرة وكقطع الأنملة وكالعصا [2] والسوط - ففي هذا يُنْظر إلى السبب الظاهر ، وهو الجرح مزهقًا ، فيجب القصاص به ؛ لأن الجرح طريق سالك إلى الإزهاق غالبًا وإن لم يكن قدر هذا الجرح مزهقا غالبا ، وما لا يَجْرح فليس طريقًا غالبًا ، فاعتبر فيه أن يتحقق كونه - بالإضافة إلى الشخص والحالِ - مهلكًا غالبًا . ثم ذلك يختلف بالأشخاص والأحوالِ ؛ فَلْيُحْكم فيه بالاجتهاد [3] .

فإن قيل : لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريض غالبًا ، لكن ظَنَّه صحيحًا ؟ قلنا : يجب القصاص ؛ لأن هذا الظنّ ، إذا لم يَنْفِ العدوانَ في الفعل ، وهو في نفسه قاتل [4] : فلا يكون

= قال الشيخ : (والأولى في تعليل مذهب الشافعي أن يترك الضبط ونقول : الموت لا يخلو إما أن يكون نادرًا أو غالبًا ... إلى قوله : وكلُّ ما كان حصولُ الموت فيه نادرًا فلا قصاص) .

قلت : ضعَّف الشيخ الضبط ثم عاد إليه كما لا يخفى عمن يتأمل ذلك ، وإذا كان كذلك كان رجوعًا إلى ما كان عليه أولًا ، وهو قبيح كما لا يخفى .

قلت : إنما ضعف الشيخ ذلك لأجل المُثَقّل ، وما ذكره من النقض على الطريقتين كما لا يخفى من حيث إن له تأثيرًا في الباطن كالجرح ، وليس ذلك منه بإنكار للضبط على إطلاقه ، بل كان ذلك لعدم اطراده في بعض الصور كما لا يخفى ، وبه خرج الجواب .

وأما في قوله في حد العمد الموجب للقصاص : (كلُّ قتلٍ عمدٍ محضٍ عدوانٍ مزهق للروح) فيرد عليه إشكال ، فإن ما ذكره من القيود موجودٌ في صورة ما إذا استوفى الوارث القصاصَ بغير حضرة السلطان أو الحاكم ، ومع هذا لا يجب القصاص كما لا يخفى وهو عدوان محض .

جوابه : أنه لما قال : (موجب للقصاص) خرج عن الإشكال المذكور ؛ لأن - بالإجماع - استيفاءَ القصاص بغير حضرة السلطان غيرُ موجب للضمان ، وإنما حُرِّم لافتئاته على الإمام أو السلطان فيما اختصَّ به من مصلحة الاستيفاء ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٦ / ب - ١٦٧ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فتلتحق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والعصا » .

(٣) أي يُوكَل ذلك إلى نظر القاضي .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فاعل » .

معذورًا بجهله ، بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدِّب أو أَبٍ ، أو من طبيبٍ سقاه شيئًا يقتل [1] ذلك المريض ، إلا أنه لم يَعْرف مرضَه ، فلا يجب القصاص ؛ لأنه جهل أباح [2] الفعلَ .

فإن قيل : إذا سَقى غيره دواء يقتل كثيرًا لا غالبًا ، فهو كالجراحات أو المثقلات ؟ قلنا : ظاهر كلام الأصحاب أنه كغرز الإبرة / فإنْ أعقب تغيرًا أو تألّمًا [3] وجب القصاص ؛ لأن أغشية الباطن رقيقةٌ فينقطع بالدواء ، فكان إلحاقه بالجرح [4] أوْلى [5] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فقتل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أباحه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتألّمًا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالجراح » .

(٥) وبعد هذا التفصيل من الإمام الغزالي (رحمه الله) فالضابط عند جمهور الشافعية : أن الضرب بما يقتل غالبًا عَمْدٌ محض ، والضرب بما لا يقتل غالبًا شِبْهُ عمدٍ ، سواء كان ذلك بالجارح أو المثقل . انظر : التنبيه للشيرازى ص (١٣٢) . الروضة (٩ / ١٢٤) . مغني المحتاج (٤ / ٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٤٧) .

الطرف الثاني
في تمييز السبب عن المباشرة

وما يحصل الموت عقبه [1] ينقسم إلى : شروط [2] ، وعلة ، وسبب :

أما الشرط ، فهو الذي يحصل عنده [3] ؛ لأنه كحفر البئر مع التردية ، فإنَّ الموت : بالتردية ، لكن الحفر شرطٌ . وكذا الإمساك مع القتل ، والشرطُ لا يتعلّق القصاصُ به .

وأما العلة ، فما تُوَلِّدُ الموتَ ، إما بغير واسطة كحز الرقبة ، وإما بواسطة - كالرَّمْي - فإنه يُوَلّد الجرحَ ، والجرحُ يُوَلِّدالسرايةَ ، والسرايةُ تُوَلّد الموتَ . وهذا يتعلق القصاص به .

أما السبب ، فماله أَثَرٌ في التَّوَلُّد ، ولكنه يُشْبه[4] الشرط من وجه ، فهذا على ثلاث مراتب :

الأولى : الإكراه على القتل . وهو مُوجبٌ للقصاص ؛ فإنه شديد الشَّبه بالعلة ؛ لأنه يُوَلِّد في المكْرَهِ داعيةَ القتل غالبًا .

الثانية : شهادة الزور . فإنها تُوَلّد في القاضي داعيةَ القتل ، لكنه دون الإكراه ؛ فإن هذا إلجاءٌ شرعًا ، والأولُ حسًّا ، لكن لما كان كلٌّ واحد يُفْضي إلى القتل غالبًا في شخص مُعَيَّنٍ لم نُفَرِّق بينهما . وأبو حنيفة (رحمه الله) لم يُلْحِق الشهادة بالإكراه [5].

الثالثة : ما يُولّد المباشرة توليدًا عُرْفيًا ، لا حسيًا ولا شرعيًا ، كتقديم الطعام المسموم إلى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « عقيبه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شرط » .

(٣) يعني يحصل عنده الهلاك .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شِبْه » .

(٥) **مذهب الشافعية** : إلحاق شهادة الزور بالإكراه في وجوب القصاص من الشاهد ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب الحنفية : هو وجوب الدية دون القصاص ، وهو مذهب المالكية أيضًا .

انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٤) . المبسوط (٢٦ / ١٨١) . طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٩٢ ، ٤٩٣) . إيثار الإنصاف في آثار الاختلاف ص (٣٩٦ / ٣٩٧) . القوانين الفقهية ص (٣١٨) . الفروع لابن مفلح (٥ / ٦٢٥) . الإنصاف (٩ / ٤٤١ ، ٤٤٢) .

الضيف ، ففيه قولان [١] :

أحدهما : لا قصاص على المقدّم ؛ لأن الأكل ليس مُلجئًا لا حِسًّا ولا شرعًا .

والثاني : يجب ؛ لأن هذا التغرير يُفْضي إلى القتل غالبًا في معين . ثم الصحيح أن الدية تجب . وقيل بطرد القولين .

ولو وضع الطعام المسموم في داره اعتمادًا على أن الداخل المقصود سيأكله انبساطًا ، فلا قصاص [عليه] [٢] . وقيل بطرد القولين . فلو [٣] دعا الضيف ، وحفر في الدهليز بئرًا ، فتردّى فيه ، ففي القصاص قولان [٤] . فإن قيل : لو جرى سبب ، وقَدَر المقصودُ [٥] على دَفعْه ولم يَدْفع ؟ قلنا : هذا على مراتب :

الأولى : أن لا يكون السبب مُهْلِكا ، كما لو فتح عِرْقَه بغير إذنه ولم يعصب [٦] حتى نزف الدم . أو ألقاه في ماء قليل ، فبقي مُسْتلقيا حتى غرق ، أو حبسه في بيت ، فلم يَطْلب طعامًا مع القدرة حتى مات : فهو الذي أهلك نفسه ؛ فلا دية له ولا قصاصَ .

الثانية : أن يكون السبب مهلكًا والدفع عسيرًا [٧] ، كترك مداواة الجرح ، فالقصاصُ واجب .

الثالثة : أن يكون السبب مهلكًا وكان الدفع سهلًا ، كما لو ألقاه في ماء مُغْرِق فترك السباحة – وهو يُحْسِنها – ففيه وجهان [٨] . ووجه الإيجاب : أنه قد يدهش عن السباحة [٩] والسبب في نفسه مهلك [٩] . وفي الدية وجهان مرتبان وأولى بالوجوب .

---

(١) إن كان الضيف صبيًّا أو مجنونًا ، لزم القصاص . وإن كان بالغًا عاقلًا : فإن علم حال الطعام وأن به سُمًّا ، فلا شيء على المناوِل أو المقدِّم ، بل الآكل هو الذي أهلك نفسه ، فإن لم يعلم بحال الطعام ، فقولان ، والأظهر أنه لا قصاص . انظر الروضة (٩ / ١٣٠) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٣) . مغني المحتاج (٤ / ٧) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٥٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٤) والأظهر أنه لا قصاص أيضًا كما في مسألة تقديم السّمّ للعاقل البالغ .

(٥) أي : المقصود قتلُه .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولم يعصبه » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عسير » وهو صحيح أيضًا .

(٨) والأصح أنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩ / ١٣٢) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٤) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والسبب مهلك في نفسه » .

ولو ألقاه في نار فوقف ، فوجهان مرتبان . والظاهر : وجوب القصاص ؛ لأن النار بأول اللقاء تشنج الأعضاء ؛ فتعسر الحركة به [1] .

فإن قيل : لو كان به بعض الجوع ، فحبسه [2] ومنعه الطعام حتى مات ؟ قلنا : إنْ عَلِمَ ، وَجَب القصاصُ ، كما لو قصد مريضًا بضربٍ خفيف . وإن كان جاهلًا بجوعه ففي القود قولان :

أحدهما : يجب ، كما لو ضرب مريضًا على ظَنٍّ أنه صحيح ، فالجوع السابق – وإن كان مُعِينًا – فهو كالمرض .

والثاني : لا يحب ؛ لأن هذا القدر من الجوع ليس مهلكًا ، وزيادةُ الجوع الأول هو الذي أهلك بخلاف الضرب ، فإنه ليس زيادة في المرض ؛ لأنه ليس من جنسه ، فلم يمكن إحالةُ الهلاك عليه .

وحيث لا نُوجِب القصاص ، فلابُدّ من الدية . وفي قدرها قولان :

أحدهما : الكلّ ؛ إذْ سقوطُ القصاص كان بالشبهة .

والثاني : النصف ؛ لأن الهلاك حصلَ بالجوعين ، فهو كما لو وَضَع فى السفينة المثقَّلَة زيادةً مُغْرِقة ، ففي قدر الضمان ثلاثة أقوال :

(أحدها) : الكلُّ . (والثاني) : النصفُ . (والثالث) : التوزيع ؛ لأن تأثير المثقلات في الإغراق متناسب بخلاف تأثير الجوع والجرح .

* * *

(١) وهذا بخلاف ما صُحِّحَ في الروضة بأنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩ / ١٣٢) . والغاية (٢ / ٨٨٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحبسه » .

الطرف الثالث
في اجتماع السبب والمباشرة

أما الشرط ، فلا يخفى سقوطُه معهما [(١)] ، كالممسك مع القاتل ، والحافرِ مع المُرْدِي ؛ إذ لا قصاص عليهما ولا ضمانَ خلافًا لمالك (رضي الله عنه) فإنه جَعَل المُمْسِكَ شريكًا [(٢)] .

وأما المباشرةُ مع السبب ، فعلى مراتب :

الأولى : أنْ يَغْلب السببُ المباشرةَ . وذلك إذا لم تكن المباشرةُ عدوانًا ، كقَتْلِ القاضي والجلادِ مع شهادة الزور ، فالقصاص على الشهود . فإن كان عدوانًا – بأن اعترف وليُّ القصاص بكونه عالمًا بالتزوير – فلا قصاصَ على الشهود ، ولا دية ؛ [(٣] لأنه لم يُلْجأ [٣)] حسًّا ولا شرعًا ، فصار قولُهم شرطًا محضًا كالإمساك .

الثانية : أن يصير السبب / مغلوبًا بالمباشرة ، كما إذا ألقاه من شاهق الجبل ، فتلقَّاه إنسانٌ ٢٣٠/ب بسيفه فقَدَّه بنصفين [(٤)] فلا قصاص على الملقي ، عُرِفَ أو لم يُعْرف ؛ لأن إلقاءَه صار شرطًا محضًا لما ورد عليه مباشرةٌ مستقلّة .

---

(١) إذا اجتمع الشرط والمباشرة ، فالقصاص والدية يتعلقان بالمباشرة فقط . انظر الروضة (٩ / ١٣٣) . الوجيز (٢/ ١٢٢) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا اجتمع الشرط والمباشرة ، تعلق القصاص والدية بالمباشرة فقط ، كالممسك مع القاتل ، والحافر مع المردي ، فلا قصاص عليهما ولا ضمان .

ومذهب المالكية : أنه يجب القصاص من الممسك أيضًا ، وللإمام أحمد في ذلك روايتان :

إحداهما :القصاص من الممسك .

والثانية : أنه يحبس حتى الموت .

انظر : الوجيز (٢/ ١٢٢) . الروضة (٩/ ١٣٣) . القوانين الفقهية ص (٣٥٠) . الإنصاف (٩/ ٤٥٩) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤ / ٢٤٥ ، ٢٤٦) . المبدع في شرح المقنع (٨ / ٢٥٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) ، : « لأنه غير ملجأ » .

(٤) في (أ) ، (ب) ، : « فقدّه نصفين » .

الثالثة : أن يعتدل السببُ والمباشرةُ ، كالإكراه على القتل ، [(1)] فالأقوى لا يُحْبط مباشرة المكرَه [(1)] خلافًا لزفر وأبي يوسف . وهل تصير المباشرةُ مغلوبةً به حتى لا يجب القصاصُ على المكرَه ؟ فيه قولان [(2)] فإن لم نُوجب القصاصَ ، ففي الدية قولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأنها تثبت مع الشبهة . ووجْهُ الإسقاط ، نَقْلُ الفعل [عن المكره] [(3)] وجَعْلُه كالآلة . وإن أوجبنا الدية ففي طريقها [(4)] وجهان :

أحدهما : تجب [عليهما] [(5)] جميعًا ثم يرجع على المكْرِه [(6)] .

والثاني : يجب [النصف] [(7)] ؛ لأن إيجاب القصاص عليهما كالتشريك . فإن قلنا : لا دية ، ففي الكفارة وجهان [(8)] : وجه إثباتها : أنه آثمٌ بالقتل وفاقًا . وقد تجب الكفارةُ حيث لا دية كما في الرَّمْي إلى صف الكفار [(9)] .

وإن قلنا : لا تجب ، ففي حرمان الميراث وجهان . والظاهرُ الحرمانُ ؛ لأنه آثمٌ بالقتل . والكفارةُ والديةُ غرمٌ يمكن نَقْلُه إلى المكره بخلاف الحرمان .

فإن قيل : فما قولكم في أمْرِ السلطان ؟ قلنا : في نزوله منزلة الإكراه وجهان . وجه إلحاقه به أمران :

أحدهما : أنه يُعْلم من عادة السلطان السطوةُ عند المخالفة وإن لم يُصَرّح به . وعلى هذه العلة يَلْتحق به كلُّ مُتغلِّبٍ هذه عادتُه وإن لم يكن سلطانًا . ثم وجه التردد : أنّ المعلوم من عادته ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه قويّ لا تحبطه مباشرةُ المكره » .

(٢) والأظهر وجوب القصاص على المكره أيضًا ؛ لأنه آثم بالاتفاق . انظر : الروضة (٩ / ١٣٥) . الوجيز (٢/ ١٢٣) الغاية القصوى (٢ / ٨٤٤) . مغني المحتاج (٤ / ٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٥٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « طريقه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلى المكرِه » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) والأصح أنها تجب . انظر الروضة (٩ / ١٣٥) .

(٩) إذا رَمَى مسلمٌ إلى صَفّ الكفار ، فقتل مسلمًا كان فيهم ، فلا دية على القاتل ، وتجب الكفارة ؛ قال تعالى : ﴿ .. وإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمنٌ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة ... ﴾ الآية [النساء : ٩٢] . انظر الجامع لأحكام القرآن (٥ / ٢٣٢ ، ٣٢٤) . مغني المحتاج (٤ / ١٣) .

هل يكون كالملفوظ [به] (١) على الاقتران ؟ .

العلة الثانية : أن طاعة السلطان واجبةٌ على الجملة ؛ كيلا تؤدي مخالفتُه إلى إثارة الفتنة (٢). ولذلك نقول : لا يَنْعزِل بالفسق . ولو كان الاستبدالُ به يُثِير الفتنَةَ فلا يُسْتبدل ؛ فتزاحَمَ على الفعلِ موجبٌ ومحرِّمٌ . فإنْ لم نُبِحْ انتهض شبهةً كالإكراه ، بخلاف أَمْرِ السيدِ عَبْدَه ، فإنه يجب عليه مخالفةُ السيدِ ؛ إذْ لو عاقبه دَفَع السلطانُ ظُلْمَه ، وليس وراء السلطان يَدٌ دافعة ، فمخالفتُه تُحرِّك الفتنة .نعم ، لو كان العبدُ من طباعه الضراوة ، فإذا أغراه بإنسان ، فالقصاصُ على السيد كما لو أغرى سَبُعًا ، وكذا (٣) لو أغرى مجنونًا هذه (٤) حالُه ، هل (٥) يتعلَّق الضمانُ برقبة هذا العبد ، وبمالِ هذا المجنون ؟ أَمْ يُنزَّلُ منزلةَ البهيمة ؟ فيه وجهان ؛ من حيث إنه إنسانٌ صورةً ، لكنه بهيمةٌ في المعنى .

فإن قيل : وما حَدُّ الإكراه ؟ قلنا : قد (٦) ذكرنا صورته في الطلاق ، لكنَّا نتعرَّض لصور :

إحداها : أنه لو أكره إنسانًا على أن يُكْرِهَ ثالثًا على قَتْلِ الرابع ، فعلى الأول قصاصٌ ، وفيمن بعده قولان .

الثانية : لو قال : اقْتُلْ زيدًا أو عَمْرًا وإلا قتلتُك ، فقتل زيدًا فهو مختارٌ ؛ لأنَّ مَيْلَه إلى زيدٍ ليس إلا عن شهوة ، ويَظْهر ذلك إذا قال : (٧ اقْتُل من أهل الدار واحدًا ٧) وإلا قتلتُك .

الثالثة : أن يقول : اقْتُلْ نفسَك وإلا قتلتُك . فهذا ليس بإكراهٍ . ولو قال : اقْتُلْني وإلا قتلتُك ، فهذا إكراهٌ وإذْنٌ ، فهل يؤثر الإذنُ في سقوط القصاص والدية ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أصحها : أنه يسقط ؛ لأنه صاحب الحق كما إذا قال : اقتل عبدي .

والثاني : لا ؛ لأن القصاصَ والديةَ تثبت للورثة ابتداءً لا إرثًا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « فتنة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

(٤) في (أ) ، (ب) :« هذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) :« فهل » .

(٦) كلمة « قد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) :« اقْتُل من أهل هذا البلد » .

والثالث : لايجب القصاص ؛ للشبهة ، وتجب الدية .

فإن قيل : إذا رأيتم إيجابَ القصاص عليهما (١) ؟ (٢ فإن لم يكن ٢) أحدهما كفؤًا [للمقتول] (٣) ؟ (٤قلنا : يجب القصاص٤) على الكفء ؛ لأن شريك غير الكفء يجب القصاص عليه كشريك الأب (٥)[وشريكِ العبد في قتل السيد] (٦).

وإن كان أحدهما صبيًّا ، وقلنا : إنّ فعل الصبيّ خطأٌ ، فالآخر شريكٌ خاطىء ، لكن إن كان المحمول صَبيًّا ، فيحتمل أنْ يجب القصاصُ على الحامل ؛ لأنّ خطأه نتيجة الإكراه ، فهو كما لو أكره إنسانًا على أن يرمي إلى طَلَلٍ (٧) عَرَفَه المكْرِهُ إنسانًا ، وظنَّه الرامي جرثومةً ، ففي وجوب القصاص وجهان (٨) . وَجْهُ الإيجابِ : جَعْلُ المكْرِه مباشرًا وجَعْلُ المكْرَه آلةً له ؛ لأنه تولَّد من إكراهه . وعن هذا اختبط (٩)الأصحاب في المكره على إتلاف المال (١٠) ، هل يُطَالب بالضمان ؟ فعلى وجهٍ : لا يطالب أصلًا ؛ لأنه كالآلة (١١) .

ولو أكرهه على صعود شجرة ، فَزَلِقَتْ رجْلُه فمات وجب القصاص على المكْرِهِ ، ولم يُجْعل كشريك الخاطىء ؛ لأنَّ هذا الخطأ وَلَّده إكراهُه بخلاف جَهْل المكْرَهِ وصِبَاهُ ، فإنّ فيه وجهين .

---

(١) يعني على المكرِه والمكرَه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ولم يكن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فلا يجب » وهو خطأ .

(٥) يعني كشريك الأب في قتل ابنه ، فلا يقتل الأبُ ، بل يقتل الشريك ، لأنه كفؤ للابن . وعليه ، فلو أكره الأبُ أجنبيًّا على قتل الولد ، أو أكره الأجنبيُّ الأبَ ، فالقصاصُ على الأجنبي . انظر الروضة (٩ / ١٣٦) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) الطلل : بفتح الطاء واللام ، هو الشيء المرتفع ، ويقال لشخص الإنسان : طلل وطلالة . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٨) .

(٨) والصحيح أنه يجب القصاص على الآمر دون المأمور . انظر الروضة (٩ / ١٣٦) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « اختلف » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « مال » .

(١١) والأصح أنه يطالب بالضمان ، لكنه يرجع بالمغروم على الآمر ، هذا هو المذهب . انظر الروضة (٩/ ١٤٢) .

فإن قيل : فما الذي يُبَاح بالإكراه ؟ قلنا : لا يُبَاح به [1] القتل والزنا ، ويُبَاح به إتلافُ المال ، بل يجب . وتُبَاح به الرِّدة ، وفى وجوب التلفظ به [2] وجهان [3] ، منهم من لم يُوجِبْ ؛ للتصلُّبِ فى الدين . ويُبَاح شُرْبُ الخمر بالاكراه ، وفي وجوبه خلافٌ مرتب على الردة وأولى بالوجوب . والإفطارُ في الصوم يَنْبغي أن يُقْضَى بوجوبه .

* * *

(١) قوله « به » ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٣) والصحيح أنه لا يجب النطق بكلمة الكفر، وعليه فالأفضل أن يثبت ولا يتلفظ وإن قُتِلَ. انظر الروضة (١٤٢/٩).

الطرف الرابع

أن يكون السبب من الآدميّ والمباشرةُ من بهيمة

كما إذا ألقاه في تيارِ بحرٍ فالتقمه الحوتُ قبل الغرق ، فيلزمه القصاصُ ، ويُنَزَّل فِعْلُ الحوتِ منزلةَ جرْح السكين .

ولو [1] ألقاه في بئر عميق ، وكان في عمقه نَصْلٌ منصوب فماتَ [به] [2] وجب القصاصُ . وخرج الربيع قولا : أن الدية تجب دون القصاص ؛ اعتبارًا باختيار الحيوان وكونه شبهةً في الدفع . وإن ألقاه في ماء لا يُغْرق / ، فالتقمه الحوتُ من حيث لم يَشْعر الملْقِي : فلا يجب عليه إلا الديةُ . وإن عرف حضور الحوت لزمه القصاصُ .

٢٣١/أ

ولو أمسك إنسانًا وعرضه للسَّبُع (٣ حتى افترسه ٣) ، وَجَب القصاصُ . والمجنونُ الضَّاري بطبعه كالسبع والحوتِ ، وإن لم يكن ضاريًا اعتبر اختياره في قطع السبب .

فروع أربعة

الأول : لو أنهشه حيةً أو عقربًا – يَقْتل مثلُه غالبًا – لزمه القصاصُ ، ونُزِّلت الحيةُ منزلةَ السكين . ولو كان لايقتل غالبًا كان كغرْز الإبرة [4] .

الثاني : لو ألقى عليه عقربًا أو حيّةً فنهشتْه ، فلا قود ؛ لأن الغالب أنه يَفِرُّ ، وإن كان ضاريًا فهو كالإنهاش .

الثالث : لو جمع بينه وبين سبع في بيت فافترسه ، وجب القصاص . وإن كان بدله حيّة فلا قصاصَ ؛ لأن الحية تفِرُّ ، والسبعُ في المضيق يثب [5] بطبعه . فإن لم يكن الطبع كذلك لم يكن الحكمُ كذلك .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فافترسه » .

(٤) انظر تفصيل الحكم في ذلك في الروضة (٩ / ١٢٤ ، ١٢٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يتوثب » .

الرابع : لو أغرى به كلبًا أو سَبُعًا في صحراء ، فلا قصاص بخلاف البيت ؛ فإنّ السبع في المضيق يقصد ، وفي الصحراء يتوحش [1] .

فإنْ كان ضاريًا في الصحراء ولم يكن الهربُ ممكنًا : لزم القصاص ، فإن كان الهرب ممكنًا فتخاذل [2] ، فهو كترك السباحة .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « يتحرش » .

(٢) أي فتخاذل الرجل ولم يهرب من هذا السبع .

الطرف الخامس

في طرآن المباشرة على المباشرة أو السبب على السبب

والحكم فيه تقديم الأقوى . فإن [١] اعتدلَا جمعْنا بينهما ، فلو جرح الأولُ وحَزَّ الثاني الرقبةَ فالقاتلُ هو الثاني ؛ لانقطاعِ أثر الأول بخلاف ما إذا قطع هذا من الكوع ، والثاني من المرفق فمات ، فإنّ القصاص عليهما ؛ لأن ألم [٢] الأولِ ينتشر إلى الأعضاء الرئيسية ويبقى .

ولو قطع الأول حلقومَه ولم يَبْقَ إلا حركة المذبوحين [٣] فقدَّه الثاني بنصفين [٤] ، فالقصاصُ على الأول ، ولا نَظَرَ إلى حركة المذبوحين بخلاف ما لو حَزَّ رقبةَ المريض المشرف على الموت ؛ لأنَّ موته غَيْرُ مقطوعٍ به ، وبخلاف ما لو نزع أحشاءه وإن كان [٥] بحيث يُعْلم أنّه يموت بعد يومٍ أو يومين ، ولكنّه في الحال يعقل بحياة مُسْتقرّة ، فإن القصاص يجب على من حَزَّ الرقبة ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) شاور في الخلافة في هذه الحالة ، فكيف لا تعتبر حياته ؟ وقال مالك (رحمه الله) : هو كحركة المذبوحين .

فأمّا إذا جرح كلٌّ واحد جراحةً فمات بالسراية ، أو حَزَّ أحدهما الرقبة ، والآخرُ قَدَّ بنصفين [٦] معًا ، فهما شريكان [٧] .

فقد تنخَّل من هذا : أنَّ العمد المحضَ العدوانَ المزهِق للروح سببُ القصاص . ولا يَرِدُ على

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « الألم » .

(٣) المراد بحركة المذبوحين ، الحالة التي لا يَبْقَى معها الإبصار والإدراك ، والنطق والحركة الاختياريان ، فقد يُقَدُّ الشخص نصفين ، وتترك أحشاؤه في النصف الأعلى ، فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم . وإن انتظمت ، فليست صادرةً عن رَوِيَّة واختيار .

وهذه الحالة تُسمى حالة « اليأس » ولا يصح فيها إسلام كافر ، ولا شيء من تصرفاته ، ويصير المالُ للورثة ؛ فلو مات قريب لمن انتهى إلى هذه الحالة ، لم يورث منه ، وكما لا يصح فيها إسلامُ كافرٍ ، لا يصح فيها ردةُ مسلمٍ ، والعياذ بالله تعالى . انظر الروضة (١٤٥/٩)

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصفين » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وكان » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « نصفين » .
(٧) وعليهما القصاص .

الحدُّ ما لو استحق حزَّ رقبة إنسانٍ فقدّه بنصفينْ [1] ؛ لأنّه لا عدوان به [2] من حيث كونُه إزهاقًا ، بل من حيث الإساءة في الطريق ؛ فلذلك لم يجب القصاص . فإن قيل : ظنُّ الإباحة ، هل يكون شبهةً ؟ قلنا : إذا قتل مَنْ ظنّه مرتدا – ولم تُعْهد له الردةُ – فيجب القصاصُ . وإن كان قد عُهِدَ مُرتَدًّا ، ولكنَّه أسْلَم ولم يَشْعُر به فقولان [3] :

أحدهما : السقوط ؛ للظنّ المبْتَنى [4] على الاستصحاب .

والثاني : يجب [5] ؛ لأنّه غير معذور في هذا الظنّ ، إذ لا يَحِلُّ للآحاد قَتْلُ المرتدّ ، وكذلك لو ظَنَّه عبدًا أو ذميًا لزمه القصاص على المذهب ؛ لأنّ هذا ظنٌّ لا يُبيح ؛ فهو كما لو زنى مع العلم بالتحريم والجهلِ بوجوب الحدّ ، بخلاف ما إذا رأى مسلمًا في دار الحرب على زِيِّ المشركين ولم يعهده مسلمًا فقتله ، فإذا هو مسلم ، فلا قَوَدَ وتجب الكفارةُ ، وفي الدية قولان ؛ لأن القتل مباح بهذا الظنّ ، وهو معذور :

[أحدهما : تجب ؛ لأنها ضمان المحلّ ، وذلك لايختلف باختلاف حال المتلف .

والثاني : أنها لاتجب [6] ؛ لأنها – وإن كانت عوضًا – فليست على مذاق الأعواض المحضة ؛ فإنها بدل للنفس . وتجب الكفارة قولًا واحدًا ؛ لأنها تجب من غير تقصير] [7] .

[8] ولو قتل إنسانًا على ظَنٍّ أنه قاتل أبيه ، ففي وجوب القصاص قولان [8] :

[أحدهما : يجب ؛ لأنه غير معذور فيه [9] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نصفين » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في الأصل « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « المبْنِيّ » .

(٥) وهذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين (٩ / ١٤٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٤) . نهاية المحتاج (٧/٢٦٥) .

(٦) وهذا هو الأظهر . انظر : الروضة (٩ / ١٤٧) . مغني (٤ / ١٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٤) .

(٧) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « وأما لو ظنه قاتلَ أبيه ، فقولان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) وهذا القول هو الأظهر وهو المذهب . انظر الروضة (٩ / ١٤٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٥) .

الثاني : لا يجب ؛ لأن هذا الظنّ مما يُمْهد عُذْره][1] ؛ لأن القتلَ مباحٌ بهذا الظن ، لكنّه غير معذور ؛ ولهذا نقطع بالوجوب إذا قال : تَبيّنتُ أن أبي حَيّ .

ومن أصحابنا من قطع بأنه لو صدقه وليُّ الدم ، فلا قصاص . وإنما القولان إذا تنازعا .

ومنهم من طرد القولين ؛ لأنه ظنٌّ من غير مُستندٍ شرعيّ .

* * *

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

الركن الثاني

القتيل

وشَرْطُ كونِه (١) مضمونًا بالقصاص على الجملة : كونُه معصومًا . والعصمة تُستفاد بالإسلام . والجزيةُ والأمانُ يتنزّلان (٢) منزلته . والحربيُّ مهدرٌ ، (٣ والمُرْتَدُّ كذلك ٣) في حقّ المسلم ، ولكن في حق الكافر (٤) الذمّيّ والمرتدِ إذا قتله [فيه] (٥) خلاف (٦) .

ومَنْ عليه القصاص معصومٌ في حقّ غير المستحِقّ .

والزاني المحصنُ معصومٌ بالقصاص عن الذميّ . وعن المسلم فيه وجهان ، مثارُهما : الترددُ في أنَّ الحدَّ للمسلمين ، والإمامُ نائبُهم ؟ أو إضافةُ الحدِّ إلى الله تعالى كإضافة القصاص إلى إنسانٍ معيَّن حتى لا يظهر أثره في حق غيره (٧) ؟ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « وشرطه أن يكون » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يُنَزّلان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك المرتد » .

(٤) كلمة : « الكافر » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) إذا قتل الذميُّ مرتدًا ، فلا يُقْتل الذميّ على الأظهر . وإذا قتل المرتدُّ مرتدًا ، قُتِلَ به ، ويُقَدم قَتْلُه بالقصاص الواجب عليه على قتله بالردة ؛ لأنه حقّ آدميّ ، فإن عُفِيَ عنه على مال : أُخِذَ من تركته وقُتل بالردة . ولا دية لمرتد وإن قتله مثلُه ؛ لأنه لا قيمة لدمه . انظر : الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٧) . حاشية أحمد بن عبد الرزاق المغربي على نهاية المحتاج (٧/٢٦٩) .

(٧) والأصح المنصوص أنَّ الزاني المحصن لو قتله مسلمٌ ، فلا قصاص عليه . انظر : الروضة (٩ / ١٤٨) . مغني المحتاج (٤ / ١٥) .

الركن الثالث

القاتل

وشرطُ وجوبِ القصاص عليه أنْ يكون ملتزمًا للأحكام ؛ فلا قصاص على الصبيِّ ، والمجنونِ ولا على الحربيّ . ويجب على الذميّ ، وفي السكران خلافٌ مبنيّ على أنه يُسْلك به مَسْلك الصَّاحي أو المجنون [1] ؟ .

هذا هو النظر / في صفات القتل والقتيل والقاتل ، ووراءَ هذه صفاتٌ هي نسبةٌ بين القاتل ١٢٣/أ والقتيل [2]لا يمكن تخصيصه بأحدها [2] وهو ألا يفضل القاتلُ القتيلَ بالدِّين والحرية والأبوّة . وقد تُعتبر فضيلة العدد والذكورةِ وتأبُّدِ العصمة عند بعض العلماء [3]فمجموعُ هذه الخصال ستة [3] :

الخصلة الأولى من خصال الكفاءة : التساوي في الدين الحقّ :

فهذه الفضيلة في القاتل تمنع وجوب القصاص ابتداءً ، فلا يقتل مسلمٌ بكافر ، ويُقْتل اليهوديُّ بالنصرانيّ ومعتمد هذه الخصلة قولهُ ﷺ : « لا يُقْتل مؤمنٌ بكافر [4] » .

فروع أربعة

الأول : لو قتل ذميّ ذميًا ، ثم أسلم القاتل قبل استيفاء القود : اقْتُصَّ منه ؛ لأن المساواة شرطٌ لينعقد القتلُ سببًا للوجوب ، فما طرأ بعد ذلك لا يمْنع الاستيفاء . ولو أسلم الجارحُ بين الموت

---

(١) والمذهب وجوب القصاص على السكران المتعدِّي بسكره ، ولئلا يؤدِّي تركهُ إلى ترك القصاص ، وإلا فمن أراد أن يقْتل شخصًا لا يعجز أن يشْرب مسكرًا ثم يرتكب جنايته فيسقط عنه القصاص .

وأُلْحِقَ بالسكران مَنْ تعدَّى بشرب دواءٍ مُزيل للعقل . وأما غيرُ المتعدِّي بسكره ، فهو كالمعتوه ؛ فلا قصاص عليه : انظر الروضة (٩ / ١٤٩) . مغني المحتاج (٤ / ١٥) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا يمكن تخصيصها بأحدهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فمجموع هذه ستٌّ» .

(٤) رواه البخاري في كتاب « الديات » باب « لا يُقْتل المسلمُ بالكافر » حديث (٦٩١٥) .

والجرحِ فالنظرُ إلى حالة الجرح ؟ أو إلى حالة الموت ؟ فيه وجهان [١] .

الثاني : إذا قتل عبدٌ مسلمٌ عبدًا مسلمًا لكافرٍ ، ففي وجوب القصاص وجهان [٢] :

أحدهما : يجب ؛ لأنّ الكفاءة بين القتيل والقاتل موجودةٌ ، والسيدُ كالوراث . ولو مات وليُّ القتيل الذميّ - بعد أن أسلم القاتلُ بعد القتل وقبل استيفاء القود - فالمذهبُ ثبوتُ القصاص لهذا الذميّ ؛ لأنه في حكم الإرث والدوام .

الوجه الثاني : أنه لا يجب [٣] ؛ لأنّ هذا القصاص يجب ابتداءً للسيد - وهو كافر - ولا يجب للعبد حتى يُوَرَّث منه ، ولايمكن تسليطُ كافرٍ ابتداءً على مسلم .

الثالث : لو قتل مسلم مرتدًّا فلا قصاصَ . فلو قتله مرتدٌ [٤] فالظاهرُ وجوبُ القصاص ؛ للتساوي . وقيل : المرتدُّ مُهْدَرٌ كالحربيّ ، ولا يجب قصاصُ الحربي على الحربي . أمّا إذا قتلَه ذميٌ [٥] ، فثلاثة أقوال :

أحدها : [٦] أنه يجب القصاص لعمده ، ودية لخطئه [٦] لأنه ساواه في الدين ، والمرتد ليس بمهدرٍ في حقِّه .

والثاني : لايجب ؛ لأنّه مهدر ، والذميُّ معصوم [٧] .

والثالث : قاله الإصْطَخريّ : يجب القصاص سياسةً ، ولا تجب الديةُ ؛ لأنه غير معصوم .

الرابع : المرتدُّ إذا قتل ذميًّا ، ففيه قولان :

---

(١) وتوضيح هذه المسألة كما قاله في الروضة (٩ / ١٥٠) : أنه « لو جرح ذمي ذميًّا أو معاهدًا ، وأسلم الجارح ، ثم مات المجروح بالسراية ، وجب القصاص على الأصح عند الجمهور ، وقطع به جماعة » . وانظر مغني المحتاج (٤/ ١٦) ، نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٩) .

(٢) في الأصل : « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه الثاني هو الأصح عند المتأخرين من الشافعية . انظر الروضة (٩ / ١٥١) .

(٤) أي قتل المرتدُّ مرتدا .

(٥) أي إذا قتل المرتدَّ ذميٌّ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أنه يجب القصاص بعمده ، والديةُ بخطئه » .

(٧) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٧) . نهاية المحتاج (٢٦٩٧) .

أحدهما [١] : اختيارُ المزني : أنه يُقْتل كالذّمّيَّيْن [٢].

والثاني : لا ؛ لأنّ حُرْمة الإسلام باقيةٌ ؛ ولهذا لا يجوز للذمّيّ نكاحُ المرتدة ، ولا يحلُّ استرقاقُها .

الخصلة الثانية : الكفاءة في الحرية :

فلا يُقتل الحرُّ ولا مَنْ فيه شِقْصٌ من الحرية برقيق ، كما لا تقطع يدُه بيده وفاقًا . ثم طرآن الحرّية أو الرّقّ على القاتل بعد القتل [٣] لا يمنع من استيفاء القود كما في طرآن الإسلام .

فروع ثلاثة

الأول : الناقص مقتول بالكامل . والمستولدةُ والمكاتبة حكمُهما حكمُ القِنّ [في القصاص] [٤] . والمكاتب إذا قتل عَبْدَ نفسِه لم يُقْتل به ؛ لأنه سيدُه وإن كان هو أيضًا رقيقا . ولو كان عبدُه أباه – وقد تكاتب عليه –ففي قتله وجهان . ووجه الإيجاب : أنّ ملكه على الأب ليس مُسْتقِرًّا ؛ لأنه يستحق العتق بعتاقه ، فلا يكون شبهة [٥] .

الثاني : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفُه عبدٌ – إذا قتل مَنْ هو في مثل حاله – قال العراقيون : يجب القصاص ؛ للتساوي إلا إذا كان جزء [٦] الحرية من القاتل أكثر . وقالت المراوزة : لا يجب مادام في القاتل جزءٌ من الحرية ولو العشر ، وفي القتيل جزءٌ من الرقّ ولو العشر ؛ لأنّ كلَّ جزء من القتيل يقابله جزءٌ شائع من القاتل من الحرية والرقّ ، فيؤدي إلى استيفاء جزء من الحرّ بجزءٍ من الرقيق ، وهو مقتضى التوزيع المذكور في مسألة مُدّ عجوة [٧] .

الثالث : العبد المسلم والحر الذمّي ، لا قصاصَ بينهما من الجانبين ؛ لأنّ كل واحد منهما فضل صاحبَه بفضيلة ، والنقيصةُ لا تُجْبَر بفضيلة . ومهما آلَ أمرُ العبد إلى المال ، فالواجب قيمتُه

---

(١) زيادة ليست في النسخ .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر مغني المحتاج (٤ / ١٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الرق » وهوخطأ .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني فلا يكون شبهة في دَرْء الحدّ عنه .

(٦) كلمة « جزء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر تفصيل هذه القاعدة في الروضة (٣ / ٣٨٦ - ٣٨٧) .

بالغةً ما بَلَغَتْ ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُزَاد على دية الحرّ ، بل يُحَطّ عنه قدرُ نصاب السرقة [١] .

الخصلة الثالثة : فضيلة الأبوة :

قال رسول الله ﷺ « لا يُقْتل والدٌ بولده [٢] » . فَفُهِمَ منه أنَّ الولد لا يكون سببًا لإعدامِ مَنْ هو سببُ وجودِهِ ؛ فَيتعدَّى هذا إلى الأم والأجداد والجدّات . وذكر صاحب « التلخيص » في الأجداد والجدات قولًا ، واقتصر على النسب القريب في الوجود . وهذا ضعيفٌ ؛ ولهذه العلةِ منعنا أن يقتل الابنُ أباه الحربيَّ ، أو الزانيَ المحصنَ إذا كان الابنُ جلادًا . وكأنَّ الخلل في الاستيفاء والقصاص في حكم الواجب الساقط ، ولهذا لو قتل زوجة ابنه فلاقصاص ؛ إذ صار ابنُه شريكًا في الاستحقاق فلا يمكنه الاستيفاء ، وكذلك / لو قَتل معتقَ ابنه ، وله وارثٌ سوى الابن فمات وصار الابن وراثًا : سقط . ٢٣٢/أ

فرعان

أحدهما : أَخَوان قتل الأولُ أباه ، وقتل الثاني أمَّه ، فإن كانت الأمُّ زوجةَ الأبِ فلا قصاص على الأخ القاتل للأب ؛ لأنّ قصاصَه ثبت للأخ والأمِّ ، فلما قتل الثاني الأمَّ ورث منها قصاصَ نفسِه ، فسقط ؛ إذ يستحيل أنْ يستحق قَتْلَ نفسِه .

وإن لم تكن زوجةَ [الأب] [٣] استحقَّ كل واحد منهما قصاصَ صاحبه ، ولم يستحقَّ أحدٌ قصاصَ نفسِه إرثًا [٤] عن قتيله ؛ لأن القاتل محرومٌ عن الميراث .

ولو بادر أحدُهما وقتل آخر [٥] ، سقط القصاص عن المبادر ؛ لأنه ورث قصاص نفسه عن أخيه القتيل ، إن قلنا : إن القتل بالحقّ لا يحرم الميراث . وعلى هذا ، إذا كان يستفيد بالمبادرة

---

(١) انظر رءوس المسائل ص (٤٥٩) .

(٢) الحديث رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٢) (١٤) كتاب « الديات » (٩) باب « ما جاء في الرجل يقتل ابنه ، يُقَاد منه أم لا » حديث (١٤٠٠) بإسناده عن عمر بن الخطاب قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يُقاد الوالد بالولد » . ورواه أحمد في مسنده (١ / ١٦) حديث (٩٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « إرثًا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) كذا في الأصل ، ولعلها « الآخر » كلمة : « آخر » ساقطة من (أ) ، (ب) .

تخليصَ نفسِه ، فلو تنازعا في السبق ، فالوجْهُ : أن يُقَدم مَنْ سبق استحقاقه ، ويُقْرع [(١)] بينهما إذا تساويا .

ومهما تَسَاوَيا في قتل الأبوين ، فلا فرْق بين أن تكون الأمُّ زوجةً أو لا تكون [(٢)]؛ إذ لا سبيلَ إلى توريث أحدِ القتيلين من الآخر .

الثاني : لو تداعَى رجلان لقيطًا أو وَطِئَا منكوحةً بالشبهة ، فأتت بولدٍ فقتلَه أحدُهما قبْل إلحاق القائف ، فلا قصاص في الحال ؛ لأن أحدهما أبٌ وقد اشتبه الأمرُ ، فهو كما [لو] [(٣)] اشتبه إناءٌ نجسٌ بإناء طاهر ، فلا يجوزُ استعمالُه من غير اجتهاد . فإن أَلْحَقَ القائفُ بغير القاتل اقْتُصَّ من القاتل ، وإنْ أَلْحَقه به فلا .

الخصلة الرابعة : التفاوت في تأبد العصمة : والمذهب : أنه لايعتبر ، بل يُقْتل الذميُّ ٢٣٢/ب بالمعاهد كما يقتل المعاهدُ به ، وفيه احتمال .

الخصلة الخامسة : فضيلة الذكورة : ولا تعتبر بالاتفاق ، بل يُقْتل الرجلُ بالمرأة . وقال عليُّ بن أبي طالب (رضي الله عنه) : يجب في تركة المرأة المقتولة شطْرُ دية الرجل ؛ لتكون مع ديتها كفؤًا للرجل . فإذا قتلت المرأة رجلا قال : لا يقنع بدمها ، بل يطلب معه شطر دية [من تركتها مع قتلها أيضًا] [(٤)] .

فرعان

أحدهما : في الخنثى . إذا قطع الرجلُ ذَكَرَ خُنْثى مُشْكِل [(٥)] وشَفْرَيْه ، فلا قصاصَ في الحال ؛ لاحتمال أنّ المقطوع امرأةٌ ، وكذلك إن كان القاطعُ امرأةً لم يجب ؛ [(٦)] لاحتمالِ أنَّ المقطوعَ رجلٌ ، والشفران زائد . فإذا تبيَّنَ الحالُ لم يَخْفَ [(٦)] الحكمُ .

---

(١) في الأصل : « أو يقرع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) أي لا فرق بين أن تكون الأمُّ زوجةً للأب وَقْتَ القتل أو لا تكون زوجةً له .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٥) الخنثى المشكل هو الذي لم يَتَبيَّنْ بَعْدُ كونُه ذكرًا أو أنثى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

فلو طَلَب الخنثى – في الحال – الديةَ وعفا عن القصاص ، سلمنا إليه ديةَ الشفرين وحكومةَ الذكر ، (1 وقدرناه امرأة 1) أخذًا بأحسنِ التقديرين واقتصارًا على المستيقن ؛ إذْ تقديرُ الذكورة يزيدُ على هذا لامحالة .

وإن لم يَعْفُ عن القصاص ، وقال : لابد من تسليم شيء ؛ لأني أستحقُّ (2 مع القصاص 2) شيئًا لامحالة : فإن كان القاطع رجلًا ، فالقصاصُ محتمل في الذكر (3 فلا تُقَدَّر ديَتُه 3) ، بل يصرف إليه أقلُّ الأمرين من حكومة الشفرين بالإضافة إلى حالة الذكورة ، أو ديةِ الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة . ويكون المصروفُ إليه – بكل حال – أقلَّ من مائة من الإبل [ويصرف إليه ، فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة] (4) .

وإن كان القاطع (5 امرأة ، فلا تُقَدَّر ديةُ الشفرين ؛ لإمكانِ القصاصِ فيه ، بل تُقَدَّر حكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة ويصرف إليه ؛ فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة . وإنْ كان القاطع 5) خنثى مُشْكِلًا ، لم يُصْرف إليه شيءٌ ؛ إذْ يحتمل أنْ يكونَا رجلين أو امرأتين ، فيجري القصاصُ في الإليتين ، الزائدُ بالزائِد ، والأصليةُ بالأصلية . ولو قطَعَت المرأةُ آلةَ الرجالِ ، والرجلُ (6) آلةَ النساء فلا يُتَصوَّر القصاصُ ؛ فعلى كلٍّ واحدٍ حكومةٌ على تقدير كونها (7) زائدًا ، بشرطِ أنْ لا تزيد على تقدير الدية فيها ، فإنه لو كان رجلا ، فربما تكون حكومة في شفريه أكثر من ديةِ امرأةٍ ، فلا يجب إلا ما دونه . ومن الأصحاب من قال : إذ لم يَعْفُ عن القصاص ، وكان القاطعُ رجلًا أو امرأةً فلا يُصْرَف إليه شيءٌ في الحال (8 لأن ما يطالب به 8) ليس يُدْرى أهو حكومةٌ أم ديةٌ ؟ . وهو ضعيفٌ .

الفرع الثاني : (9) إذا كان الجاني رجلا ، وكان المجنيُّ عليه يدَّعي عليه بأنك (10) أقررتَ

---

(1) في (أ) ، (ب) : « وقدرنا أنه امرأة » .

(2) ساقط من (أ) ، (ب) .

(3) في (أ) ، (ب) : « فلا تقدر دية الشفرين » .

(4) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(5) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(6) في (أ) ، (ب) :« أو الرجل » .

(7) في (أ) ، (ب) : « كونه » .

(8) في (أ) ، (ب) : « لأن ما يطلب منه » .

(9) كلمة « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(10) في (أ) ، (ب) : « بأني » .

بأني رجلٌ ؛ فلي القصاصُ في الذّكَر ، وقال الجاني : بل أقررتُ بأنّك امرأةٌ ، ففيه قولان :

أحدهما : القول قولُ الجاني ؛ إذِ الأصلُ عدمُ القصاص [(١)] .

والثاني : القولُ قولُ المجنيّ عليه ؛ لأنا نحكم له بالذكورة بقوله إنْ تقَّدمَ على الجناية ، فكذا إذا تأخَّر .

الخصلة السادسة : التفاوت في العدد :

ولا يؤثر [(٢)] ذلك ، بل تُقتل الجماعةُ بالواحد إذا اشتركوا في قتله ، والواحدُ إذا قتل جماعةً قُتِلَ بواحدٍ وللباقين الدِّياتُ . وإنما يوجب القصاص على كل شريك ؛ لأنه قاتلٌ بفعلِه ، وفعْلُ شريكه منسوبٌ إليه برابطة الاستعانة وكمل [(٣)] به فعْلُه حسمًا للذريعة ، لكن يُشْترط [(٤)] أن يكون فعْلُ شريكه عمدًا مضمّنا ، وإن كان خطًأ / فلا قصاص على الشريك ، لخروج الفعل عن كونه ٢١٨/ب موجبًا ، خلافًا للمزني (رحمه الله) [(٥)] . فيجب القصاصُ على شريك الأب [(٦)] ، وعلى الذميّ إذا شارك المسلمَ في قتل ذميّ ، وعلى العبد إذا شارك الحرَّ في قتل عبدٍ ، وكذا كلُّ عامد ضامن ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(٧)] .

ولو شارك عامدٌ [(٨)] غير ضامن كشريك الحربيّ ومستحق القصاص والإمام في قطع يد السارق ، وكما إذا جرح جارحٌ حربيًا أو مرتدًّا ، فجرحَه الآخر [(٩)] بعد الإسلام ، ففيه قولان :

---

(١) وهذا القول هوالأظهر كما في الروضة (٩ / ١٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤثر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فكمل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لكن بشرط » .

(٥) انظر الروضة (٩ / ١٦١) .

(٦) يعني أنه يجب القصاص على شريك الأب في قتل ولده ، وعلى الأب نصف الدية مغلظة . وفارق شريكُ الأبِ شريكَ المخطىء بأن الخطأ شبهةٌ في فعل الخاطىء ، والفعلان مضافان إلى محل واحد ، فأوْرَثَ شبهة القصاصِ كما لو صدر من واحد . وشبهةُ الأب في ذات الأب لا في الفعل ، وذاتُ الأب متميزةٌ عن ذات الأجنبيّ ، فلا تُورث شبهةً في حقه . انظر مغني المحتاج (٤ / ٢٠) .

(٧) انظر رءوس المسائل ص (٤٦٠) . رد المحتار (٦ / ٥٣٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عامدًا » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « آخر » .

أحدهما : أنه يجب ، كما في شريك الأب ؛ لوجود العمدية [1] .

والثاني : لا ؛ لأن الفعل اتَّصَف بكونه مباحًا ، فاكتسب صفةً من هذه الأسباب كما اتصف بكونه خطأ ، فرجع الخللُ إلى وصف الفعل .

والسبعُ مُرَدَّدٌ بين الحربيّ والخاطىء ، ففي وجه : يلتحق بالخاطىء ، وهو الأصحّ . وفي وجه : بالحربيّ . وعلى هذا [2] لو أخطأ السَّبُعُ فشريكُه شريكُ الخاطىء .

وفي شريك السيد طريقان : منهم من قال : هو كالحربي [3] ؛ لسقوط القصاصِ والدِّية . ومنهم من قال : هو ضامنٌ للكفارة ، فأشْبَه الأبَ .

وشريكُ القاتلِ نفسَه إن قلنا : تجب الكفارةُ على قاتل النفس ، فهو كشريك السيد في عبده وإلا فهو كشريك الحربي [4] .

فروع أربعة

الأول : إذا اتحد الجارح - واقترن بأحد الجرحين ما يدرأ القصاصَ - سقط القصاصُ [5] ، سواءٌ رجع الخلل إلى وصف الفعل - كما لو كان أحدهما خطأ - أو لم يرجع ، كما لو جرح حربيًّا أو مرتدًّا ، ثم أسلم فَجَرَحَه ثانيًا ، أو قطع بالقصاص أو الحدِّ قَطْعًا حَقًّا [6] ، ثم جرح ؛ لأن الفاعل قد اتحد ، وإذا اتَّحد المضاف إليه استوى ما يرجع إلى الصفة وإلى الإضافة [7] .

الثاني : لو داوى المجروحُ نفسَه بِسُمٍّ مُذَفِّف ،فلا قصاص على الجارح [8] . وإن كان يؤثر على الجملة ولا يُذَفِّفه فالجارحُ شريكُ النفس . وقيل : لايجب القصاص قطعًا ؛ لأنه شريك

---

(1) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) . (2) في (أ) ، (ب) : « ولهذا » .

(3) في نسخة أخرى : « هو كالحيوان » كذا على هامش الأصل .

(4) والمذهب وجوب القصاص . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) .

(5) يعني سقط القصاص في النفس . (6) أي قطعًا مستحقًّا .

(7) ولكن يجب قصاص الطرف المقطوع بعد إسلامه ، أو بعد قطعه قصاصًا .

(8) ولكن عليه أرش جراحته ، أو القصاص إن تعلق بجرحه قصاصُ طرفٍ . انظر الروضة (٩ / ١٦٤) . مغني المحتاج (٤ / ٢١) .

الخاطىء؛ إذ المداوي [١] مُخْطىءٌ، وكذلك إذ خاط المجروحُ جرحَه في لحم حي، صار شريكًا، ويمكن أن يجعل مخطئًا [٢].

ولا شك [في] [٣] أنه لو كان عليه قروح - أو به مرضٌ - فلا يصير به شريكا، وهل يجعل بمبادىء الجوع شريكًا إذا تَمَّم غيرُه جوعه إلى الموت؟ فيه ترددٌ سبق؛ لأنه - وإن كان معتادًا - فهو داخل تحت الاختيار.

الثالث : إذا توالى جمعٌ على واحدٍ، فضربه كلُّ واحد سوطًا واحدًا فمات، ففي وجوب القصاص ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يجب؛ لأنّ كلَّ واحدٍ خاطىءٌ وشريكُ الخاطىء خاطىءٌ، إذا أتي بما لا يُقصد به القتل.

والثاني : يجب؛ لأنَّ المجموعَ قاتلٌ، ولو فُتِحَ هذا البابُ لصار ذلك ذريعةً.

والثالث : يجب إنْ صدر ذلك عن التواطُؤ [٤]، وإلا فلا [٥].

الرابع : إذا جرح أحدُهما، فأنهشَه [٦] الآخرُ حيّةً، أو أغرى عليه سَبُعًا وجرحه : فالديةُ عليهما نصفان؛ لأنّ كثرة الجراحات لا تعتبر؛ فإن أغوارَها لا تنضبط، والحيّةُ والسبعُ كالآلة له.

ولو جرح ونهشه حية، فعليه نصفُ الدية، ولو نهشتْه حيةٌ وجرحه سَبُعٌ، فعليه ثلثُ الدية؛ لأنه شريكُ حيوانيين مختارَيْن. وفيه وجه : أن عليه نصف الدية؛ نظرًا إلى أصل الشركة وإعراضًا عن عدد الحيوانات.

واختتامُ القول بفصل في تغيُّرِ الحال بين الجرح والموت، على الجارح أو المجروح، وله أربعة أحوال :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المتداوي ».

(٢) في الأصل « مخيطا »، والمثبت من (أ) ، (ب).

(٣) زيادة من (أ) ، (ب).

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن المواطىء ».

(٥) وهذا الوجه هو الأصح. انظر الروضة (٩ / ١٦٦). مغني المحتاج (٤ / ٢٢).

(٦) في (أ) ، (ب) : « وأنهشه ».

الحالة الأولى : أن تطرأ العصمةُ بأنْ جَرح حربيًّا أو مرتدًّا أو عَبْدَ نفسِه ، ثم طرأ الإسلامُ والعتقُ قبل الموت : لم يجب القصاص . وفي وجوب الضمان وجهان :

أحدهما : لايجب ؛ نَظَرًا إلى ابتداء الفعل [1] .

والثاني : يجب ؛ نظرًا إلى حالة الزهوق . وقد نصّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) في إعتاق السيد العبْدَ بعد الجرح أنْ لا ضمانَ . ونصّ في جارية مشترِكة حاملٍ بولد رقيق ، ضرَب أحدُهما بطْنَها ، ثم أعتق نصيبه فَسَرَى ، فأجهضتْ جنينًا ميتًا : أنَّ على الجاني غُرّةً كاملة . وهذا يُناقِض نصَّه الأول ؛ فقيل : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إنه إنما أوْجَبَ الغرةَ ؛ لأنّ اتصال الجناية بالولد إنما يُعْرف عند الولادة ، وما قبل ذلك لا يُعْتبر وقد كان الولدُ حرًّا عند الولادة .

وإذا أوجبنا [2] الدية في الحربيّ [3] ، فقيل : إنه مَضروبٌ على العاقلة ؛ لأنه خطأ بالإضافة إلى حالة الإسلام .

الحالة الثانية [4] : أنْ يطرأ المهْدِرُ [5] كما لو جرح مسلمًا فارتدّ ومات : فليس عليه إلا أَرْشُ الجناية التي ثبتت في حالة الإسلام . وأما السِّرَايةُ فَمُهْدَرَةٌ [6] .

ولو قطع يدَه فارتدَّ ومات ، قال / الشافعي (رضي الله عنه) : لِوَلِيِّه المسلمِ القصاصُ [7] . ٢٣٣/أ
وهذا [8] تفريعٌ على أن مَنْ لا وارثَ له يجب القصاصُ على قاتله ؛ لأنَّ المرتدَّ لا وارث له ، ولكنْ إثباتُه للمسلم مُشكلٌ ؛ فإنّ المسلم لا يرث حقوقَ المرتدِّ عندنا ، بل حقوقُه لبيت المال ، ولكنْ لما ظهر مقصود [9] التشفِّي كان الوليُّ المسلمُ أولى بالاستيفاء من الإمام [10] . وقيل : أراد الشافعيُّ

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١٢/١٦٧) . المنهاج ص (١٢٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وجبت » .

(٣) يعني في الحربي الذي جُرح ثم أسلم ومات .

(٤) في الأصل : « الحالة الثالثة » وهو خطأ .

(٥) في الأصل : « بالمهدر » ، والمثبت من (أ) ، (ب)

(٦) ومن ثَمَّ فلا يجب قصاص النفس ولا ديتها ولا الكفارة ؛ لأنّ نفسه تلفتْ وهي مهدرة . انظر روضة الطالبين (١٢ / ١٦٨) .

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) .

(٨) في الأصل : « ولهذا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في الأصل : « بمقصود » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) وهذا ما عليه الجمهور من الشافعية . انظر الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(رضي الله عنه) بالوليِّ المسلمِ الإمامَ .

فروع : لو قطع يَدَيِ المسلمِ ورجلَيه ، فارتدّ ومات : فلا تلزمه إلا ديةٌ واحدة ؛ لأنّ موته كافرًا لا يزيد على موته مسلمًا . وقال الإصطخريّ : تجب ديتان ؛ لأنا لو أدْرَجْنَا لأهْدَرْنا ، فَعُسْرُ الإدارجِ - بطرآن المهْدِر - كعُسْرِه بما لو حزّ غيْرُه رقبته . ولهذا الإشكالِ ذُكِرَ وجْهٌ في سقوط أصل الأرش ؛ لأنّ الجرح صار قَتْلًا ، والقتلُ صار مهدرًا ؛ فلا يبقى للقتلِ والجرحِ عِبْرَةٌ .

الحالة الثالثة [١]: لو ارتد بعد الجرح ، ثم أسلم ومات ، فالنصُّ : سقوطُ القصاص [٢] . ونصّ في الذميّ إذا جرح ذميًّا والتحق المجروحُ بدار الحرب ، ثم عُقِد له أمانٌ ثانيًا ثم مات : أنه يجب القصاصُ ؛ فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، يُنْظر في أحدِهما إلى حالة الجرح والموتِ ، وفي الثاني إلى الكُلّ ؛ لأنّ الجراحة تَسْري في حالة الردة أيضًا ، فهو كما لو جرح في حالة الردة ، ثم في حالة الإسلام . وقيل : المسألة على حالين ، فإن طال زمانُ الردة ، فظهر أثَرُ الردة : فلا قصاصَ ، وإن قرب فلا أثر له .

وإن آل الأمرُ إلى الدية ، فالنصُّ : وجوب كمال الدية . وخرج ابنُ سريج قولا : أنه يجب ثُلُثَا الدية ، ويُهْدر الثلثُ بِهَدْر السّراية في إحدى الأحوال الثلاثة . وقيل : يجب النصفُ ؛ جَمْعًا [٣] لحالتي العصمة في مقابل حالة [٤] الإهدار .

الحالة الرابعة : أنْ يطرأ [٥] ما يغير مقدار الدية ، كما لو جَرح ذميًّا فأسلم - أو عبدًا فأُعتق - ثم مات ، فالنظر في المقدار إلى حالة الموت ، فلو فقأ عَيْنَيْ عبدٍ قيمتُه مائتان من الإبل ، فعتق ومات [٦] : فعليه مائةٌ من الإبل ؛ لأنه بدلُ حُرٍّ . وقال المزني (رحمه الله) : يجب مائتان من الإبل لأنه يُصْرف إلى السيد [٧] :

---

(١) وهي أن يتخلل المُهْدِرُ بين الجرح والموت .

(٢) ولكن تجب الكفارة قطعًا . انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) . الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(٣) في الأصل « جميعًا » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) كلمة « حالة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « إن طرأ » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « فمات » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) .

ولو قطع إحدى يَدَيْ عبدٍ، فَعَتَقَ ومات: فعليه مائةٌ من الإبل، وفي المصروف إلى السيد قولان:

أحدهما: أنه أقلُّ الأمرين مِنْ كل الدية أو كُلِّ القيمة، والعبارةُ عنه: أنّ المصروف [إليه] (١) أقل الأمرين مما التزمه الجاني آخِرًا بالجناية على الملك أولًا أو مثل نسبته من القيمة ؟ .

والقول الثاني: أنه أقلُّ الأمرين من كل الدية (٢أو نصف القيمة ٢)؛ فإنّ الجراحة في ملكه لم تنقص إلا النصف، فلم يَمُتْ في الرقّ حتى تُعتبر كلُّ القيمة (٣). والعبارةُ عنه: أن الواجبَ، أقلُّ الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولًا أو أرش جناية الملك دون السراية ؟ .

فعلى هذا لو قطع إحدى يديه فَعَتَقَ، فجاء الآخرُ وقطع يده الأخرى، وجاء الثالثُ وقطع إحدى رجليه، ومات (٤): فالواجبُ على جميعهم ديةٌ واحدة، وهي ديةُ حرٍّ، على كل واحدٍ ثلثٌ، ولا حقَّ للسيد إلا فيما يؤخذ من الجاني في حالة الرق، فله أقلُّ الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة، وهي مثلُ نسبته. وعلى القول الثاني: أقل الأمرين من ثلث الدية أو نصف القيمة؛ فإنه أرش الجناية .

المسألةُ بحالها: عاد الجاني الأول، فَجَرَحَ في الحرية جراحةً ثانية: فليس عليه إلا ثلثُ الدية؛ إذ لا يزيد الواجبُ بكثرة الجراحات، لكن الثلث وَجَبَ عليه بجراحتين، حصةُ الواقع منهما في الملك نصفه - وهو السدسُ فَتُرْعَى النسبة بين هذاالسدس وسدسِ القيمة (٥) على قول: وبين السدسِ ونصفِ القيمة على القول الآخر .

فلو أَوْضَحَ رأسَه (٦) في الرقّ، فَعَتق، فجرَحه غيرُه فمات، فعلى الجاني في الملك: نصفُ الدية. وعلى الجارح: النصفُ الآخر، وللسيد أقلُّ الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة، وهو مثلُ نسبته على قول. وله أقلُّ الأمرين من نصف الدية أو نصف عُشْر القيمة؛ فإنه يُشْبِهُ أرشَ

---

(١) زيادة من (أ)، (ب). (٢) في (أ)، (ب): «أو نصف قيمة العبد» .

(٣) وهذا القول هو الأظهر. انظر الروضة (١٢ / ١٧٢). المنهاج ص (١٢٣) .

(٤) كلمة «مات» ساقطة من (أ)، (ب). (٥) في (أ)، (ب): «وبين سدس القيمة» .

(٦) يقال: أَوْضَحَتِ الشجةُ بالرأس: أي كشفتِ العظمَ، فهي مُوضِحة. انظر المصباح المنير (٢ / ١٠٢٨). مادة (و ض ح). المعجم الوجيز ص (٦٧٢) .

الموضِحة من قيمة العبد . فإن قيل : بدلُ الملك الدراهمُ ، وبدلُ الحرِّ الإبلُ ، فَبِمَ يُطالِب السيد ؟ قلنا : فيه وجهان :

أحدهما : ليس له إلا الإبل ، لأنّ حَقَّه فيما وَجب على الجاني ، وهو الواجب .

والثاني : أنّ الخيرة إلى الجاني ، فإنْ سلَّم الدارهمَ لم يكن للسيد الامتناعُ ؛ لأنه حقُّه . وإن سَلَّم الإبلَ فكَمِثْلٍ [١] ؛ لأنه أدَّى واجبَه . وعلى الجملة : إيجابُ دية الحرّ ، ثم صَرْفُها إلى السيد بعيدٌ ، ولكنْ إيجابُ مائتين من الإبل - كما ذكره المزنيُّ رحمه الله - أبْعَدُ ؛ لأن القتيل حرٌّ ، فكيف تُزَاد على دية الحر ؟! والاقتصارُ على أرْشِ الجناية - ولو كان درهمًا - أبْعَدُ / وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنه إهدارٌ للدم ، ففي كُلِّ طريقٍ بُعْدٌ ، لكنْ طريقُ الشافعي (رضي الله عنه) أقرب ؛ إذْ نَظَرَ إلى قَدْر الواجب إلى الموت ، وفي مصرفه التفت إلى حالة الجرح . ٢٣٣/ب

فرعان [٢]

الأول : لو رَمى إلى حربيٍّ أو مرتدٍّ فأسلم - قبل الإصابة - ففي الضمان وجهان مرتبان على ما إذا جَرح حربيًا ، فأسلم ثم مات ، أو مرتدًا فهاهنا أولى بوجوب الضمان ؛ لأن الجرح سببٌ قديم في حالة الإهدار ، وتمامُ الرمْي بالإصابة ، والإصابةُ جَرَتْ في حالة العصمة . وفي المرتد أولى بالوجوب ؛ لأنّ الرمْي إليه عدوانٌ .

ولو رَمى إلى عبدٍ له ، فأعتقه قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان في المرتد [٣] ، وأَوْلَى بالضمان ؛ لأنّه معصومٌ على الجملة .

ولو رمى إلى مَنْ عليه القصاصُ ، ثم عَفَا قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان على العبد وأولى بأنْ لا يجب ؛ لأنّ العبد مضمونٌ عليه بالكفارة .

ولو حفر بئرًا ، فتردَّى فيه مسلم كان مرتدًا عند الحفر : وجب الضمان قَطْعًا ؛ لأن الحفر ليس يتجه نحو المتردي في عينه بخلاف الرمي فإنه مُتَّجهٌ نحو المقصود .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فكمثله » .

(٢) في الأصل : « فروع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قوله : (في المرتد) ساقط من (أ) ، (ب) .

الثاني : لو تخللتْ ردةُ المرميِّ إليه بين الرمْي والإصابةِ ، قيل : لا قصاصَ ؛ لاتصالِ الإهدار ببعض أجزاء السبب .

ولو تخللت ردةُ الرامي المخطىء ، ضُرِبت الديةُ على الرامي لا على عاقلته المسلمين ؛ لأنّ الأصلَ سقوط التحمل كما أن الأصل سقوطُ القصاص ، وقد تخللت حالةٌ مانعة . وذكر الشيخ أبو عليّ (رحمه الله) في التحمل قولين . وينقدح ذلك في القصاص كما ذكرنا [1] في تخلل الردة بين الجرح والموت . وهذا تمام القول في القصاص في النفس [2] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « كما ذكرناه » .

(٢) قال في الروضة (١٢ / ١٧٧) : « قد يُعَبَّر عن مسائل الباب في تغير الحال بين الجرح والموت ، وبين الرمي والإصابة ، فيقال : « كلُّ جرحٍ أوَّلُه غيرُ مضمونٍ لا ينقلب مضمونًا بتغيُّرِ الحال في الانتهاء . وإن كان مضمونًا في الحالين ، اعْتُبر – في قدر الضمان – الانتهاءُ . وفي القصاص تُعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط . وكذا يُعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة ، وبالله التوفيق » .

النوع الثاني

في قصاص الطرف

وهو واجبٌ بقطع الأطراف . والنظرُ في : القطع ، والقاطع ، والمقطوع .

أما **القطع** ، والجرحُ : كلُّ عمدٍ محض عدوان مُبين بطريق المباشرة لا بالسراية . وقد ذكرنا اختلافَ النصّ في السراية إلى الأجسام واللطائف .

أما **القاطع** : فشرطُه كونُه مكلفًا ملتزما كما في النفس ،ولا يُرَاد في الطرف التساوي في البدل ، بل تقطع – عندنا – يَدُ الرجل بيد المرأة وبالعكس ، ويدُ العبد بالعبد والحرِّ (1) . نعم ، لا تُقْطع السليمةُ بالشلاء ؛ لأن الشلاء ليست نصفًا من صاحبها ، فالبدل يُلْتفت إليه عندنا معيارًا نَعْرِف به نسبة الطرف من النفس . (2 ثم مَنْ قُوبِلَ كلُّه بشخص قُوبِلَ نصفُه بنصفِه 2) .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : التفاوتُ في البدل يمنع القصاص (3) .

ثم التفاوتُ في العدد عندنا لايمنع كما في النفس .

ولو قطع جماعةٌ يمينَ رجلٍ على الاشتراك بحيث لم يَنْفصل فِعْلُ بعضِهم من بعض (4) : قطعتْ أيمانُهم به .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « وبالحر » .

(2) في (أ) ، (ب) : « ثم مَنْ قوبل كلُّه بكلِّ شخصٍ قُوبل نصفُه بنصفِه » .

(3) **مذهب الشافعية** : أن القصاص في الأطراف بين الرجال والنساء كهو بين الرجال ، وأنه يجري القصاص بين العبيد في النفس وما دونها ، وأنه لا يقتص من الحر للعبد في الجراح ، وهو مذهب المالكية والحنابلة .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجري القصاص في الجراح والأطراف بين الرجال والنساء ، ولا بين الأحرار والعبيد ، وكذلك بين العبيد بعضهم لبعض .

انظر : روضة الطالبين (٩ / ١٧٩) . تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٤) المبسوط (٢٦ / ١٣٦) . الهداية (٤ / ٥١٠) . رد المحتار (٦ / ٥٥٣ ، ٥٥٤) . الكافي ص (٥٨٧ ، ٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٧) . دليل الطالب ص (٢٤٤ ، ٢٤٥) .الإنصاف (١٠ / ١٤) . المبدع (٨ / ٣٠٦) . زاد المستقنع ص (١٢٣) .

(4) في (أ) ، (ب) : « عن البعض » .

فأما المقطوع : فَيُعْتبر فيه العصمةُ كما في النفس ، وأن تكون الجنايةُ معلومةَ القدر بحيث يمكن الاقتصارُ على مثله في القصاص ؛ فإنّ الروح مُسْتبقاةٌ فلابُدَّ من الاحتياط .

ثم الجناية على ما دون النفسِ ثلاثةٌ : جرحٌ ، وإبانةُ طرفٍ [١] ، وإزالةُ منفعةٍ [٢] .

أما الضربُ واللطمُ فلا قصاص فيه ، بل يُعَزَّر صاحبُه .

أما الجرحُ ، فإنْ وقع على الرأس لم يجب القصاصُ فيه إلا في الموضحة – وهي التي تُوضح العظْمَ – فأمّا ما بعدها من الهاشمة للعظم ، أو المنقِّلة له [٣] ، أو الآمّة البالغة إلى أمِّ الرأس ، أو الدامغة الخارقة لخريطة الدماغ : فلا قصاص فيها ؛ لأنها لا تنضبط .

وما قبل الموضحة – كالحارصة التي تشق الجلد – والدامية التي تُسيل الدم [منها] [٤] فلا قصاص فيهما [٥] .

وأما الباضعةُ التي تبضع اللحم – أي تقطعه – والمتلاحمةُ التي تغوص في اللحم غوصًا بالغًا ولا ينتهي إلى العظم ، ففيهما قولان :

أحدهما : النَّفْيُ ؛ فإنَّ العظم مرَدّ ، فإذا لم يَنْتَهِ إليه لم يمكن الضبطُ [٦] .

والثاني : يجب ، ويُمكن ضَبْطُ مقداره بالنسبة ، فإن قطع نصف اللحم إلى..........

---

(١) أي إزالته عن موضعه .

(٢) عبر عن ذلك في الروضة (٩ / ١٧٩) بقوله : « الجنايات فيما دون النفس ثلاثة أنواع : جرح يشق ، وقطع يُبين ، وإزالة منفعة بلا شقّ ولا إبانة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمنقلة له » . والمنقلة هي الشجّة التي تُنَقِّل العظم . أي تكسره حتى يخرج منها فراش العظام . انظر أنيس الفقهاء ص (٢٩٢) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة (٩ / ١٧٩) : « الدامية : وهي التي تدمي موضعها من الشق والخدش ، ولا يقطر منها دم ، هكذا نصّ عليه الشافعيُّ وأهلُ اللغة . وقال أهل اللغة : فإن سال منها دم ، فهي الدامعة بالعين المهملة ، وذكر الإمام الغزاليُّ في تفسيرها سيلان الدم . وهو خلاف الصواب » .

(٦) والمذهب على هذا القول . انظر الروضة (٩ / ١٨١) .

العظم [١] فيقطع من رأسه النصف [١] . وإذا [٢] كان أحدهما في سمك شعيرة والآخرُ في سمك شعيرتين ، فلا نُبالي به وإنما تُرْعى النسبةُ .

والموضحة إذا وقعت على الوجه فانتهى [٣] إلى عظم الجبهة أو الخدّ أو قصبة الأنف : فهو كموضحة الرأس . ولو وقع على سائر البدن – كما لو انتهى إلى عظم الصدر مثلًا – : فلا يُلحق بموضحة الرأس . والوجْهُ ، في تقدير الأرش بنصف عشر الدية ، ولكنْ في القصاص وجهان :

قالت المراوزة : لايلحق به كما في الدية .

وقال العراقيون : يلحق به ؛ لأنه مضبوطٌ في نفسه [٤] . وأما التقدير فلا يكفي الضبط فيه مع اختلاف الموضع .

فرع : لو قطع بعض المارن أو الأذن ولم يَبِنْ [٥] ، ففي القصاص فيه قولان مرتبان على المتلاحمة ، وأولى بالوجوب ؛ لأن الضبط [فيه] [٦] أيْسَرُ ؛ إذ الهواءُ به محيطٌ من الجانبين . ولو قطع نصف كوعه / فقولان مرتبان ، وأولى بأنْ لايجب ؛ لأنَّ الكوع مجمعُ الأعصاب والعروقِ ، وهي تختلف في ارتفاعها وانخفاضها . ٢٣٤ب

وأما الأطراف ، فيجب القصاص في قطع مفاصلها ، وكذا في مفصل المنكب والفخذ إنْ أمكن قطْعُه بغير إجافة . وإن استأصل الجاني الفخذَ وأجافه وأمكن تحصيل مثله ، فالظاهر : أنه يمنع الإجافة ، وقيل : يجوز ؛ لأن هذه الجائفة تابعةٌ لامقصودة . وكل جرم يبقى دلالة القطع فهو كالمفصل ، كما لو قطع فلقةً من المارن أو الأذن والأنثيين والذكر والأجفان والشفتين والشّفْرين ؛ لأنه مقدرٌ محدود .

ولا يجب القصاص في فلقة من الفخذ ؛ لأنّ سمكه لاينضبط . وفي العجز وجهان ؛

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيقطع النصف من رأسه » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فانتهت » .

(٤)وما قاله العراقيون هو الأصح من الوجهين ، وهو ظاهر نص الشافعي ؛ وذلك لتيسير استيفاء المثل . انظر الروضة (٩/ ١١٨) .

(٥) أي ولم يُزِلْها . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

لتردّدِهِ بين الفخذ والذكر ؛ لأنه بين النتوّ والانبساط . وأما كسر العظام فلا قصاصَ فيه . ولو كسر عضده قُطع من المرفق وأَخَذ حكومةَ العضد ، وكذلك لو هَشَم رأسَه بعد إيضاح : أُوضِحَ ، وضمن أرْشَ الباقي ؛ ولو قطع من الكوع لعجزه من العضد مقتصرًا عليه ، ففي تجويزه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ المرفق مقدورٌ عليه وهو أقربُ إلى محل القطع ، فهو كما لو طلب رأش السّاعد مع قطع الكوع ، فإنه لا يُجَاب [وكما لو قطع من المرفق فنزل إلى الكوع مع القدرة على المرفق فإنه لا يحاب] [1] .

والثاني : أنه يُجَاب ؛ لأنّ محلَّ الجناية معجوزٌ عنه وفي النزول إلى الكوع مسامحةٌ .

ولا خلاف أنه لو نزل إلى [لَقْط الأصابع ، لم يَجُزْ ؛ لأن فيه تعذيب محل الجراحة . ثم إذا أسقطنا حكومة [2]] السّاعد ، ففي حكومة بقية العضد تردُّدٌ ؛ لأن ذلك معجوزٌ عنه بخلاف الساعد .

فأمّا المعاني والمنافع فلا يمكن تناولها بالمباشرة ، ولكنْ [3] بالسراية . وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أوضح رأسه فأذْهَبَ ضوءَ عينيه أَوْضَحْنَا رأسه ، فإنْ لم يَذْهب ضَوْءُه أزلنا الضوءَ مع إبقاءِ الحدقة بطريقٍ ممكنٍ . [وهذا إيجابُ قصاص بالسراية] [4] . ونصّ في أجسام الأطراف أنها لا تضمن بالسراية ؛ فقيل : قولان ، بالنقل والتخرج كما سبق . فإن قلنا : يضمن اللطائف بالسراية ، ففي العقل والبطش [5] تردُّدٌ ؛ لبُعْدِهما عن التناول بالسراية . أما السمع فهو في معني البصر [6] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي في إزالة خاصّية العقل ، وذلك بأن يضرب شخصًا على رأسه في موضع معين فيصبح مجنونًا . وقوله : (والبطش) يعني إزالة قوة عضو معين كالذراع مثلًا فيصبح مشلولًا لايتحرك ، والعياذ بالله .

(٦) قال في الروضة (٦ / ١٨٦) : « والأقرب منع القصاص في العقل . ووجوبه في الشم والبطش والذوق ؛ لأن لها مَحَالٌ مضبوطة ، ولأهلِ الخبرة طرقٌ في إبطالها » .

فروع : إذا قلنا : لا تضمن الأجسام بالسراية ، فلو جاء المقطوعُ يدُه ، وقَطَع أصبعًا من الجاني ، فتآكَلَ الباقي ، ففي تأدِّي القصاص به قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ السراية فيه لا توجب القصاص ، فلايتأدَّى به القصاص [1]، بخلاف ما إذا قطع يده ، فقطع يد الجاني فَسَرَتَا إلى الروحين ، فإنه يقع قصاصًا ؛ لأن السراية في الروح كالمباشرة ، وكذا الخلاف فيما لو ضرب مَنْ عليه القصاص بسوط أو جرحه خطأً فمات ؛ لأنّ الروح تضمن بالقصاص ولكنْ لا بهذا الطريق .

والأَقيسُ : أنْ يتأدَّى به القصاصُ ؛ لأن الحق متُعين وقد استوفاه ، وكذلك المجنون إذا قتل مَنْ يُسْتحقّ عليه القصاص .

[2] ولو أوضح رأسه [2] فتمعط شعرُه وزال ضوءُ عينيه ، فأوْضحنا رأسَه فتمعط شعرُه وزال ضوءُ عينيه : ففي وقوع الشعر قصاصًا – خلافٌ مرتب وأولى بأن لا يقع ؛ لأنّ نفس الشعر لا يضمن بالقصاص بخلاف نفس الأطراف . ووجْهُ وقوعه قصاصًا : التبعيةُ والالتفاتُ إلى أنَّ فساد المنبت من جملة [3] زوال اللطائف ؛ إذ معناه زوالُ القوة المنبتة وجرْمُ الشعر فيه تابعٌ .

ولا خلاف في أنه لو باشر تمعيط شعرِه فقابله بمثله لم يقع قصاصًا ، بل كلُّ واحدٍ منهما جنايةٌ توجِبُ الحكومةَ والتعزيرَ .

* * *

(١) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٩ / ١٨٧) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو أوضحه » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « من جهة » .

الفصل الثاني (١)

في المماثلة (٢)

والتفاوتُ في ثلاثة أمور :

الأول : تفاوتٌ في المحلّ والقدر (٣) . ومثال المحل أنَّ اليُمْنَى لا تُقْطع باليسرى ، ولا السّبّابةُ بالوسطى ، ولا أصبعٌ زائدة بمثلها عند اختلاف المنبت (٤) . وأما القدرُ فَتَفَاوُتُه لا يؤثر في الأعضاء الأصلية (٥ إذ تقطع يدُ الصغير بالكبير ٥) ، [ويبد الصغير يَدُ الكبير عند المساواة في الاسم : إبهام وإبهام] (٦) ، وفي الأصبع الزائدة يمنع القصاص إذا وجب تفاوتُ الحكومة لتفاوت النسبة ، وعند تساوي الحكومة وجهان ؛ لأنه ليس له اسمٌ أصلي حتى يُكتفى بالاسم .

وأما الموضحةُ ، فالتفاوتُ فيه في العرض معتبرٌ ؛ إذ لا يُقنع فيها بموضحة ضيقة (٧ في مقابلة الواسعة ٧) . وتفاوت الغوص (٨) في سمك اللحم لا يؤثر ؛ لأنّ مردَّ الاسمِ هو العظمُ .

فروع ثلاثة

الأول : لو أَوْضَحَ ناصيته لم نوضح قَذَاله (٩) ، بل راعينا المحلَّ . ولو كان رأسُ الشَّاجِّ أصغرَ استوعبنا عند استيفائه الرأسَ الكبير ولم نكمل بالقفا والجبهةِ ؛ لتفاوتِ الاسم والمحلِّ ، بل نَضمّ إليه أَرْشًا بخلاف اليد الصغيرة ، فإنها تكفي في مقابلة الكبيرة ؛ لأنَّ ما وقع من النقصان بين

---

(١) في الأصل : «والفصل الثاني » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهي معتبرةٌ في وجوب القصاص في الأطراف كالكفاءة في النفس ، ومن ثَمَّ فلا يقابل طرف بغير جنسه ، كاليد بالرجل .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تفاوت المحل والقدر » .

(٤) يعني إذا اختلف محلُّها ، بأنْ كانت إحداهما زائدة بجنب الخنصر ، وزائدةُ الجاني بجنب الإبهام .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ تقطع اليد الصغيرة بالكبيرة » .

(٦) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « في مقابل الواسعة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « العمق » .

(٩) القَذَال : جماع مؤخر الرأس من الإنسان والفرس ، وهو فوق القفا . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٦١) . المعجم الوجيز ص (٤٩٤) . مادة (ق ذ ل) .

اليدين[١] لم يثبت له اسم اليد / والتفاوتُ هاهنا مقدارٌ يثبت[٢] له اسم الموضحة وديتها لو أفرد ، ٢٣٤/ب فلم يمكن أن يُجْعَل تابعًا .

ولو استوعَبَ ناصيتَه - ورأسُ الشّاجِّ أصغرُ - استوعبنا ناصيتَه وكملنا من باقي الرأس ؛ لأنَّ اسمَ الرأسِ شاملٌ . وقال القاضي : اختلافُ أسامي جوانب الرأس : كاختلاف ما بين الرأس وغيره ؛ فلا يتعدَّى الناصية ، ويَضُمُّ إليه الأَرْشَ .

فإن فرّعنا على الظاهر ، فالخيرةُ في تعيين الجانب الذي به التكميل إلى الجاني على وجه ، وإلى[٣] المجني عليه على وجه ، وفي الثالث : يَبْتدىء من حيث ابتدأ الجاني ويَذهب في صَوْبه إلى الاستكمال .

الثاني : لو استحق قدر أنملة من الموضحة فزاد[٤] في القصاص : غرم أرشًا ، وفي مقداره وجهان:

أحدهما : أنه قسط بحصة[٥] أرش واحد إذا وُزّع على الجميع ؛ لأنّ الموضحة واحدة .

والثاني : أنه يجب أرشٌ كامل ؛ لأنّ هذا القدرَ جنايةٌ ، والباقي حقٌّ منفرد بحكمه كما لو كان الأول خطأً واستمرّ على البقية عمدًا ، [٦] فيجب قصاص العمد[٦] ويفرد حكمه ؛ لاختلافِ الحال . ويقرب منه الخلافُ فيما إذا أراد الاقتصار على بعض حقّه ، منهم مَنْ جَوّزَ كما في الأصبعين . ومنهم مَنْ منع ؛ لاتّحادِ الاسم .

الثالث : لو اشتركوا في الإيضاح احتمل أن يُوضَح [٧] من رأس كل شريك بقدره [٧] ، ويُحْتمل أنْ يوزَّع ؛ لقبوله التوزيع . ثم يتصدّى النظرُ في تعيين المحلّ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من اليدين » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .
(٣) في (أ) : « وعلى » .
(٤) في (أ) : « وزاد » .
(٥) قوله : (بحصة) ليست في (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « فيجب القصاص في العمد » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « من كل رأس بقدره » .

التفاوت الثاني

في الصفات

وفيه مسائل :

الأولى :أن التفاوت في الضعف والمرض لايمنع ، بل يُقْطع ذَكَرُ القويِّ بذكر العِنّين والصبيّ ، وأنفُ الصحيح بأنف الأجذم إلا إذا بطلت حياته وأَخذ في التفتُّت .

وتُقْطع أذن السميع بأذن الأصَمّ ، والأنفُ الصحيح بأنف الأخشم (١) ؛ (٢ لأن المرض في محل السمع والشم ، لا في محل الأذن والأنف ٢) . ولا تقطع (٣ يد الصحيح ٣) بالشلاء ، ولا الذَّكَرُ الصحيح بالأشَلّ . وشلل الذكر أن لا يتغير في الحر والبرد بالتقلّص والاسترسال . وذَكَرُ العنّينّ لا شلَلَ فيه ، وإنما الخلل في موضع آخر وهو [في] (٤) الدماغ أو القلب . وشللُ اليد : في بطلان البطش.

ولايُشترط سقوطُ الحسّ على المذهب الظاهر ، فإنْ قنع صاحبُ الصحيحة باليد الشلاء أُجيب إليه ولم يكن له أرشٌ كما لو رضي المشتري بالمعيب في الشراء ؛ لأنَّ البطشَ وصفٌ لا يقبل الانفصال .

وتُقطع الشلاءُ بالشلاء إذا تساويا في الحكومة . وضعيفُ البطش كقوِيِّه إلا إذا كان بجناية ، فإن الجناية تُعتبر في الشركة ولا تعتبر في المرض .

وأما الحدقةُ العمياءُ ولسانُ الأبكم (٥) فهي كاليد الشلاء .

الثانية :تقطع الأذن الصحيحة بالأذن المثقوبة إذا لم يُورث الثقبُ شيْئًا كآذان النساء .

---

(١) في (أ) ، (ب) « بالأنف الأخشم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن المرض في محل الشم والسمع ، لا في ذات الأنف والأذن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « اليد الصحيحة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اللسان الأبكم » .

والمخرومةُ التي قُطع بعضُها لا يُسْتوفى بها كاملة ، ولكن تُسْتوفى بمثلها [١] إنْ أجرينا القصاصَ في بعض الأطراف . ولانكتفي بالمخرومة في مقابلة الكاملة إلا بضَمِّ الأرش إليه [٢].

وإن كان الخرم [٣] من غير إبانة ، قال العراقيون : امتنع القصاصُ ؛ لأن الجمال هو المقصود الأظهر في الأذن ، بخلاف ما إذا كانت أظفار المجني عليه متفرعة أو مُخْضَرّة ، إذْ تُقْطع به [٤] اليد السليمة ؛ لظهور منفعة البطش في اليد . ولو كانت الأظفارُ مقلوعة ، قالوا : لايُسْتوفى بها الكاملة . والكلُّ فيه نظر ؛ إذ يلزم أن ينقص قدر من دية الإصبع لِفَقْدِ الظفر ، ولا قائل به .

ولو قُطع أذنه ، فَرَدَّه إلى المقطع في حرارة الدم فالتصق ، فلا أثر لهذا الالتصاق ، والقصاصُ واجبٌ ، ويجب قلْعُه إن قلنا : إن ما يُبانُ [٥] من الآدمي نجسٌ وإلا فَيُعْفَى عنه . ويحتمل النظرُ إلى الدم الذي انكتم في الالتصاق ؛ لأن الساتر جماد فلا يوجب الاستبطان .

فإذا قلنا : يجب إزالته ، فلا قصاص على مقتلعه . وهكذا إن قلنا : لا يجب ، إلا إذا سرى إلى الروح فيجب [٦] قصاص النفس .

الثالثة : لاتُقْلع سنُّ البالغ بِسنِّ صبيٍّ لم يثغر [٧] ؛ لأن القصاص في إفساد المنبت فلا يفسد من الصبيّ . فلوفسد المنبت ولم تَعُدْ سنُّ الصبي ، ففي القصاص قولان ، وَجْه قولنا : لا يجب ، أنّ سِنَّه فضلة زائدة فلا يمكن أن يُقْلَع به [٨] سِنٌّ أصليّ .

فإن كان فساد المنبت مشتركا والبالغُ لو [٩] عاد سِنُّه – على ندور – ففي سقوط القصاص عن قالعه قولان ، ووجه قولنا [١٠] : لا يسقط ، التشبيهُ بمالَوْ التحمت الموضحةُ ، فإنها نعمة

(١) في (أ) ، (ب) : « مثلها » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « إليها » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « انخرام » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « بها » .
(٥) أي ينفصل .
(٦) في الأصل : « يجب » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٧) أي لم تسقط رواضعه . انظر : روضة الطالبين (١٩٩/٩) . المصباح المنير (١٢٩/١) . المعجم الوجيز ص(٨٤) مادة (ث غ ر) .
(٨) في (ب) : « يقطع به » .
(٩) في (أ) : « إذا » .
(١٠) في (أ) : « وجه قولنا » .

جديدة لا تُسقط القصاص .

ولو قَطَع جزءًا من طول لسانه فعاد ، فهو كعَوْد السّنّ أو التحام الموضحة ؟ وجهان . فإن حكمنا بسقوط القصاص ، ففائدتُه : استردادُ الدية إن كان قد أخَذها أو إيجابُ ديةِ سِنِّ الجاني وإن كان قد قلع ، وليس من فائدته تأخير استيفاء القصاص ؛ لأن الظاهرَ عدم / العَوْد كما أن الظاهر في الصبي العَوْدُ . ٢٣٥/

فإنْ [(١)] بادر المجنيُّ عليه واستوفى ، ثم عادَ سِنُّه : لم يقلع قصاصًا باستيفائه ؛ إذْ جاز له الاستيفاءُ ، لكنْ يَغْرم [له] [(٢)] الدية ، ويبقى له حكومةُ سِنِّه .

ولو عاد سنُّ الجاني وقلنا : عَوْدُه مؤثر ، ففي قلعه ثانيًا وثالثًا إلى إفساد المنبت وجهان .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإذا » .

(٢) زيادة من (أ) .

التفاوت الثالث

في العدد

فإن كانت [١] يد الجاني ناقصةً بأصبع قُطِع وطُولبَ بالأَرْش . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقْنع به [٢] كما في النفس .

فإن كان النقصان في يد المجني عليه لم يكن له قَطْعُ الكف ، لكنْ لَقْطُ الأصابع الأربع وطَلَبُ حكومة الباقي كما في كسر العضد .

فروع أربعة

الأول : لو كان على يد الجاني أصبعان شلاوان ، فلو قطع يده [٣] فلاَ أرش للشلل . وإن لقط الأصابع الثلاث فله ديةُ أصبعين . وأما حكومةُ الكفّ فالقدر الذي يقابل الأصابع المقطوعة فيه وجهان : يُعَبَّر عنهما بأنّ الحكومة ، هل تندرج تحت قصاصِ الأصابع كما تندرج تحت ديتها ؟ « وهل يقابل » [٤] الأصبعين ؟ فيه وجهان ، يُعَبَّر عنهما بأنّ بعض الأصبع : هل تنزّل منزلة الكلّ في استتباع الحكومة ؟. وأما الأصبع الشلاء فلا تندرج حكومة الكف تحت حكومتها في الظاهر .

الثاني : إذا كان على يد الجاني ستةُ أصابع متساوية ليس فيها زيادة ، فللمجني عليه أنْ يلقط خمسةً من أيِّ جانب شاء ، وله مع ذلك سدسُ دية اليد ؛ لأنَّ اليد انقسمتْ ستةَ أقسام وقد استوفى في خمسةِ أسداسِها إلا أنه خمسةُ أسداس في صورة خمس كوامل فَنَحُطّ من أجل الصورة مِن السدس شيئًا بالاجتهاد .

أما إذا كانت فيها زيادة ، وزعم أهل الصنعةِ أنَّ القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية – لأنّ [٥]

---

(١) في (أ) : « كان » .

(٢) في (أ) : « منه » .

(٣) في (أ) : « اليد » .

(٤) في (أ) : « وما يقابل » .

(٥) في (أ) : « لكن » .

الزائد مُلْتبس – فليس له القصاص ؛ لأنّه ربما يستوفي الزائدة بأصلية ، فلاسبيل إليه .

فلو بادر فقطع خمسًا ، فهو تمامُ حقِّه ، (١ ولا يُلْتفت إلى قوله١) : لعلّ الزائد في المستوفى فقد نَقَص حَقّي ؛ لأنه تعدّى بالمخالفة .

الثالث : أصبع تشتمل على أربع أنامل تنقسم القوة لها على التساوي من غير تعيين زيادةٍ ، فإذا قطع هذا من المعتدل أنملةً : قطعنا أنملته [٢] وألزمناه من الأرش ما بَين الربع والثلث .

وإن قطع أنملتين قطعنا أنملتيه وألزمناه ما بين النصف والثلثين . فإن قطع الأصبع [٣] قطعنا أصبعه ؛ فإنَّ أربعةَ أرباعٍ [٤] تُساوي ثلاثةَ أثلاث . هذا إذا لم يزدْ في الطول ، فإنْ زاد في طوله فالحكمُ ما مضى ، ولكن يُرْعى تفاوتُ الصورة هاهنا كما [٥] في الأصابع الستة .

ولو قطع من هذه الأناملِ واحدةً ، فلا نقطع أنملةً معتدلة ؛ لأنها ثلثٌ فلا تُقَابل بالربع ، وإنْ قطع أنملتين قطعنا واحدة وطلبناه [٦] بالتفاوت بين النصف والثلث [٧] .

وأنملتان متساويتان على رأس أصبع ، ويدان على ساعد ، وقدمانِ على كعبٍ : كالأصابع الستة.

الرابع [٨] : مقطوعُ الأنملةِ العُليا إذا قَطَع صحيحَ ....

(١) في (أ) : « ولا يلتفت إلى قول القائل » .

(٢) في (أ) : « أنملة » .

(٣) في (أ) : « أصبعًا » .

(٤) في (أ) : « أرباعه » .

(٥) قوله : « كما » ساقط من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وطالبناه » .

(٧) في (أ) : « والثلثين » .

(٨) قال الحموي : « قوله : (إذا كان على يد الجاني ستة أصابع متساوية وليس فيها زائدة ، فللمجني عليه أن يلتقط خمسًا من أي جانب شاء وله مع ذلك سدس دية ؛ لأن اليد قد انقسمت ستة أقسام وقد استوفى منها خمسة أسداس في صورة خمسٍ كواملَ ، فيحط لأجل الصورة منه شيئًا بالاجتهاد . أما إذا كانت فيها زيادة وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية ولكن الزائد ملتبس .. إلى قوله : الرابع) .

قلت : ذكر أن الجاني إذا كان على يده ستُّ أصابع متساوية ليس فيها زائدةٌ ، ونحن نعلم قطعًا أن فيها زيادة إصبع كما لا يخفى أيضًا ، فإنه قال : (وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء على الست قطعًا ، إنما انقسمت على خمسة أصابع غير متساوية ولكن الزائد ملتبس فليس له القصاص) . وإذا كان كذلك لم يحصل التباس بنحو أحد الأصابع الست من القوة كما لا يخفى . =

الأَنملةِ [1] الوُسْطَى [منه] [2] فلا يمكن استيفاءُ الوسطى ، ولكن لو سقطت العليا بآفةٍ أو جنايةِ جانٍ فقدرنا على الوسطى فنقطعها [3] ، وإلى أنْ يتفق ذلك ، فهل يُطالب بالأرش للحيلولة ؛ نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنَّ وليَّ المجنونِ يُطَالب بالأرش إذا ثبت للمجنون قصاصٌ ويكون ذلك للحيلولة ، ونصَّ في الصبي « أنه لا يطالب ؛ لأنَّ له أمدًا مُنْتظرًا » فَخُرِّجَ إلى المجنون وَجْهٌ من الصبي وإلى الصبيِّ وجْهٌ من المجنون .

وأما الحامل فهي [4] أولى بأنْ لا يطالب ؛ لأنّ أَمَدَ وضْعِ الحمل قريبٌ ، فتوقُّعُ سقوطِ العليا في مسألتنا - بآفةٍ أو جناية جَانٍ [5] - كتوقع الإفاقة من المجنون .

ولو كانت عُلياه مستحقةً بالقصاص ، فتوقُّعُ استيفائه كتوقّع وَضْع الحمل .

ومهما قلنا : [إنه] [6] ليس له أَرْشُ الحيلولة ، فلو أَخَذَ كان إقدامُه على [أخذ] [7] الأرش

= قلت : أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : مراد الشيخ أن يكون على ست أصابع إصبعٌ متساوية لتلك الأصابع في الصورة . وقال أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت مادةُ الأصابع الخمس ستةَ أجزاءٍ ، وليس فيها زيادة على الأول بل الكل أصليات من حيث إن القوة منبسطةٌ على الجميع ، ولا سبيل إلى القطع ؛ لاختلاف صورة الخمس والست من حيث المنظر ، وإذا كان كذلك كان مراده بذلك القوةَ دون زيادة الإصبع .

قلت : قد ذكر الشيخ في البسيط وقال : (الصورة الثانية : أن يقول أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت إلى ست أصليات قطعًا ، ولكن يحتمل ذلك ويحتمل فيه : أن يكون فيه زيادةٌ مبهمةٌ ، فليس له لقط الأصابع ؛ لأنا نمنع الزيادةَ بالأصلية ؛ لتفاوت الجنس والمحل كما نمنع استيفاءَ الأصلية بالزائدة) وإذا كان كذلك فمراده بذلك ما ذكرناه من كون الإصبع الزائدةِ مبهمةً بخلاف المسألة الأولى ؛ فإن القوة منبسطة على الأصابع الست بطريق التساوي ، ولهذا اتفق الأصحاب على أن له أن يلتقط خمسَ أصابع من جملتها عاملًا في أحد الطرفين ، والتفاوت في الانقسام لا يورث منعًا ، لاتحاد المحل بخلاف تفاوت اليمين واليسار ، فعلى هذا يمكن أن يحمل ما ذكره في الوسيط على ما ذكره في البسيط ؛ فإنه لم يقسم الطبيعة الأصلَ إلى ست أصليات قطعًا بطريق التساوي من حيث إنه يحتمل فيهما التساوي في القوة ويحتمل التفاضل فيهما ، فيكون احتمالُ الاختلاف كحقيقته » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٨ / أ - ١٦٩ / ب) .

(١) في : (أ) « الصحيح الأنملة » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فنقطعه » .

(٤) في الأصل : « فهو » والمثبت من (أ) ، (ب)

(٥) في الأصل : « جاني » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) زيادة من (أ) .

عَفْوًا عن القصاص .

فروعٌ تتعلَّق بالنزاع

الأول : إذا جنى على ملفوفٍ في ثوب (١) ، وادَّعى كَوْنَه ميتًا ، وأنكره وليُّ الملفوف ، فقولان :

أحدهما : القولُ قول الجاني ؛ إذ الأصْلُ براءةُ الذمة .

والثاني : القولُ قولُ الوليّ ؛ إذ الأصلُ استمرارُ الحياة (٢) .

ولو قَطَع يدَه ثم قال : لم يكن له أصبع ، ففيه طرق ، وحاصلُ المذهبِ أربعةُ أقوال:

أحدها : أن القولَ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القصاص .

والثاني : قولُ المجنيّ عليه ؛ إذِ الأصلُ السلامةُ .

والثالث : (٣ إن كان العضوُ باطنًا ٣) فقولُ المجني عليه ؛ إذْ يَعْسُر عليه إقامةُ البينة . والباطنُ ما يجب سَتْرُه شرعًا علي رأي ، أو ما يُسْتر مروءةً على رأي .

والرابع : أنه إن ادّعى عدمَ الأصبع في الأصل ، فالقول (٤) قوله . وإن ادعى سقوطَه فالقولُ قولُ المجني عليه /. ٢٣٥/ب

الثاني : إذا قَطَع يَدَيْ رجلٍ ورجليه فمات ، وبعد موته ادعى الوليُّ أنه مات بعد اندماله وعليك دِيَتَانِ ، فأنكر : فيصدق مَنْ يُصَدِّقه الظاهرُ ، ويُعْرف ذلك بقرب (٥) الزمان وبُعْده .

وإن تساويا في إمكان الصدق فهو قريبٌ من تقابل الأصلين ؛ إذْ يمكن أن يقال : الأصلُ براءةُ الذمة ، والأصلُ التعددُ عند تعدد الجناية ، والسرايةُ مشكوك فيها .

---

(١) يعني جنى عليه بحيث أفضى به إلى الموت .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٢٠٩/٩) .

(٣) في (أ) : « أن العضو إن كان باطنا » . وفي (ب) : « أن العضو إذا كان باطنًا » .

(٤) في الأصل : « القول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بقدر » .

ولو ادعى الوارثُ أنه مات بسبب هاجم ، فمطالبتُه بالبينة هاهنا أولى ؛ لأن إثبات ذلك أَيْسَرُ ، والأصلُ عدمُ طرآن السبب .

ولو انعكس الخلافُ فطلب القصاص في النفس ، فالقولُ قول الجاني ؛ لأنّ قصاصَ النفسِ يتوقَّف على السراية ، وهو مشكوك فيه [1] ويَسقط بالشبهة إلا إذا كان الظاهرُ خلافَ ما يقوله فإنا لا نُصَدِّقه .

فلو أقام مَنْ لم نُصَدِّقْه في السراية - بينةً على أنه لم يزل ضمنًا نحيفًا إلى الموت ، فهذا لايفيد نفي سببٍ آخر ، لكن يُجْعل الظاهرُ لجانبِ السراية .

الثالث : إذا شجّ رأس إنسان موضحتين ، فرأينا الحاجز مرتفعًا ، وقال الجاني : أنا رفعتُه وعليّ أرش واحد لاتحادِ الموضحات ، وقال المجني عليه : أنت رفعتَه ولكنْ بعد الاندمال ؛ فعليك ثلاثةُ أُروش : فيُنْظر في دعوى الاندمال إلى ما سبق . فإنْ حلف المجني [عليه] [2] على الاندمال - حيث يُصَدَّق - ثبت على الجاني أرْشَانِ ، وفي الثالث وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه مُقِرٌّ بالثالثِ ، والاندمالُ ثَبَت بيمينة .

والثاني : لا ؛ لأنّ يمينَ الاندمالِ تَصْلح لنِفَي التداخل ولاتَصلح لإثبات الثالث عليه ، وهو لم يُقِرَّ بثالثٍ موجب ، بل برفع حاجز لايوجب . وقد تَمَّ النظرُ في مُوجِبِ القصاص .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الفنُّ الثاني

في حكم القصاص الواجب في الاستيفاء والعفو

(وفيه بابان)

الباب الأول في الاستيفاء

(وفيه ثلاثةُ فصولٍ)

الفصل الأول [1]

فيمن له ولايةُ الاستيفاءِ .

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كان القتيلُ واحدًا والورثةُ جماعة : فالقصاصُ مُوَزَّع على فرائض الله تعالى حتى يثبت للزوجين والصغيرِ والمجنون .

ثم إنْ كان فيهم صغير أو مجنون لم يُسْتَوْفَ القصاصُ إلى البلوغ والإفاقةِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه اللّه) [2] .

وقد نصَّ الشافعي (رضي اللّه عنه) على أنَّ وليَّ المجنونِ يُطالب بالمال ؛ لأنه لا أَمَدَ له . ووليّ الصبيّ لا يُطالب بالمال [3] وقد ذكرنا تَصَرُّفَ الأصحاب قبل هذا في كتاب « اللقيط » .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : مختصر الطحاوي ص (٢٣٢) . الهداية شرح بداية المبتدي (٥٠٦/٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٢) . إيثار الإنصاف ص (٣٩٥ ، ٣٩٦) . شرح فتح القدير (٢٢٧/١٠) .

(٣) يعني أنه إذا انفرد صبيٌّ أو مجنونٌ باستحقاق القصاص ، ولم يشاركه فيه أحد ، لم يَسْتَوْفِه وليُّه ، وسواء في ذلك قصاص النفس أو الطرف . ويُحبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي و يفيق المجنون ولا يُخَلّى بالكفيل ؛ فقد يهرب فيفوت الحقّ ، وكذلك يحبس إلى أن يقدم الغائب المستحق للقصاص . انظر الروضة (٢٤١/٩) .

أما [١] إذا كانوا مكلَّفين فلايجوز الاستيفاءُ إلا بالتوافق . فإنْ تزاحموا أقرع بينهم [٢] ، فمن خَرجت القرعةُ له فمنَعَه غَيْرُه من أصل الاستيفاء امتنع . ويَدْخل في القرعةِ المرأةُ والعاجزُ – على أحد الوجهين – ويَسْتَنيبُ إن خرجت قرعتُه .

فرع : لو بادر واحد دون رضا الآخرين ، ففي وجوب القصاص قولان [٣] :

أحدهما : يجب ؛ إذ ليس له ذلك ، وحقُّه ليس بكامل في الجميع ، فهو [٤] كما لو شارك غيره .

والثاني : لا ؛ لأنَّ البعضَ مُهْدَر في حقِّه ، فصار كما جرح جراحتين إحداهما في حالة الإهدار ، ولأنَّ [٥] علماء المدينة ذهبوا إلى إباحة الاستبداد لكلّ وارثٍ ، والخلافُ [٦] في إباحة السبب شبهةٌ . ولهذه العلة ، لو جَرَى بعد عَفْوِ الآخرين سقط القصاصُ أيضًا . وإن [٧] لم يكن عالمًا بالعفْوِ فسقوطُ القصاص أولى .

فإن قلنا : لايجب القصاص ، فالذي لم يَرْضَ يرجع بحصته على المبادِر في قول ، وكأنه استوفى الكل واحتبسه عنده ، ويرجع على تركةِ القتيل في قول كما لو قتلَه أجنبيٌّ .

وإن قلنا : يجب القصاصُ ، فلو بادر وَليُّ القتيلِ القاتلَ ، فقتل المبادر ، بقي دية القتيل المظلوم متعلقةً بتركة القتيل القاتل ، نصفُها لورثة المبادر ، ونصفُها للذي لم يأذن .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٣) في الروضة تفصيل حسن في هذه المسألة ، قال : « وأما إذا بادر أحدُ ابْنَيِ المقتول الحائزين ، فقَتَل الجاني بغير إذن الآخر ، فَيُنْظر : أَوَقَعَ ذلك قبل عفو أخيه ؟أم بعده ؟ :

(الحالة الأولى) : إذا قتل قبل العفو ، ففي وجوب القصاص عليه قولان ، أظهرهما : لا يجب ؛ لأن له حقا في قتله ، فصار شبهة ، والقولان فيما إذا قتله عالما بالتحريم ، فإن جهل فلاقصاص بلاخلاف .

(الحالة الثانية) : أن يقتله بعد العفو ، فإن علم العفْوَ وحُكْمَ الحاكمِ بسقوط القصاص عن الجاني ، لزمه القصاص قطعًا . وإن لم يحكم به لزمه أيضًا على المذهب » . الروضة (٢١٦/٩) .

(٤) قوله : (فهو) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « لأن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) « والاختلاف » . (٧) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

فإن عفا وليُّ القتيل القاتلِ على مالٍ ، فذلك المالُ تركةُ القتيل القاتل فيؤدّى منه حقّ الذي لم يأذن ويجعل [١] حقّ المبادِر قصاصًا بمثله إنْ تَمَاثَلا .

المسألة الثانية [٢] : إذا قتلَ الواحدُ جماعةً قُتِلَ بأوَّلهم وللباقين الدياتُ . وإن قتلهم معًا [٣] قُتِلِ بمن [٤] خرجت له القرعة [٤] ، واكتفى أبو حنيفة (رحمه الله)به عن جميعهم . [٥]

واختلف أصحابنا في العبد إذا قتل جماعةً ، فقيل : يقتل بجميعهم [٦] ؛ لأن حق الآخرين ضائع. وفي القاتل في قطع الطريق لجماعةٍ فإنه لم يُرْعَ فيه الكفاءةُ وسلك به مسلك الحد على قول اكتفى به عن الجماعة . وكذلك اختلفوا في أولياء القَتْلَى إذا تمالئوا عليه على ثلاثة أوجه :

الصحيح : أنه يُقَسَّط عليهم ، ويَرجع كلُّ واحدٍ إلى حصته من الدية .

والثاني : أنه يُقْرع بينهم ويُصْرف إلى مَنْ خرجت القرعة له .

---

(١) في الأصل : « فيجعل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « جميعًا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصحيح ؛ لأن قتل الواحد للجماعة له حالتان :
الأولى : أنْ يَقْتلهم مُرَتَّبين واحدًا بعد الآخر .
والحالة الثانية : أن يَقْتلهم معًا دفعةً واحدة ، وهو المراد هنا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بمن خرجت القرعة له » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قتل الواحدُ جماعةً مرتبين ، قُتل بأولهم وللباقين الديات .
ومذهب الحنفية : أن القاتل يُقتل بالكل ، ولاينتقل الباقي إلى الدية ، وهو مذهب المالكية .
ومذهب الحنابلة : أنه إذا رضي أولياءُ القتلى بقتل القاتل : قُتِل لهم ، ولا شيء لهم سوى ذلك ، فإن تشاحوا فيمن يقتله منهم ، أُقيد للأول ، وللباقين دية قتلاهم ، فإن رضي الأول بالدية : أُعطيها وقُتل للثاني .
انظر : روضة الطالبين (٩/ ٢١٨) .المبسوط (١٢٧/٢٦) . تحفة الفقهاء (١٠٠/٣) . الهداية (٥١٢/٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٣) . إيثار الإنصاف ص (٤٠٦) . رد المحتار (٥٥٧/٦) . الكافي ص (٥٩٠) . الفروع (٦٦٥/٥) . الإنصاف (٤٩٤/٩) .المبدع (٢٩٤/٨ ، ٢٩٥) .

(٦) في (أ) ، (ب) : (لجميعهم) .

والثالث : أنه يكفي عن جميعهم كمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

/ هذا إذا حضر الكلُّ ، فإنْ كان بعضُهم غائبًا أومجنونًا ، ففي رواية الربيع : يُؤخر إلى ٢٣٦/أ إمكان القرعة . وفي رواية حَرْمَلة [(١)] : يستوفي الحاضرُ والعاقلُ ، ويكون الحضور مرجّحًا كالقرعة [(٢)] .

فرع : لو [(٣)] اجتمع مستحِقُّ النفسِ والطرفِ : قُدِّمَ مستحِقُّ الطرف . إن اجتمع مستحق اليمين ومستحقُّ الأصبع من اليمين : أُقْرِع بينهما ؛ لأن قطع الأصبع ينقص اليمين بخلاف قَطع الطرف فإنَّه لا ينقص النفس.

المسألة الثالثة : في المُسْتَوْفي :وليس للوليِّ الاستقلالُ دون الرفع إلى السلطان . فإن استوفى وَقَعَ الموقع [(٤)] وعزَّره [الإمامُ] [(٥)] لأنَّ أمْر الدماء خطيرٌ .

فإذا رفع إلى السلطان [(٦)] وجب عليه [(٦)] أن يأْذنَ له في القتل ، ولايأذن في استيفاء حدِّ القذف ؛ لأن تفاوت الضربات عظيم ، وهو حريصٌ على المبالغة . وهل يُفَوِّض إليه القطْعَ ؟ فعلى وجهين ، وَجْهُ المنع - مع كونه مُقَدَّرًا - مايُفْرض من ترديد [(٧)] الحديدة التي يعظم غورها .

ثم ينبغي أنْ يُستوفى القصاصُ [(٨)] بأحَدِّ سَيْفٍ [(٨)] وأسرعِ ضربةٍ . فإنْ ضرب الوليُّ ضربةً فأصابَ غيرَ الموضع المقصود ، فإنْ تعمَّدَ عزِّر ولم يُعْزل [(٩)] ، وإن أخطأ ودَلَّ [(١٠)] على تخوفه وعجزه [(١٠)] أمرناه بالاستنابة ؛ إذْ لا يُؤْمن خطؤه ثانيًا [(١١)] . ومِنْ أصحابنا مَنْ عكس هذا

---

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٢) والمشهور في المذهب ما في رواية الربيع ، وهو أنه يحبس القاتل حتى يحضر الوليُّ الغائب ، أو يفيق المجنون . انظر الروضة (٢١٩/٩) .

(٣) في (أ) ،(ب) : « إذا »

(٤) أي وقع قصاصًا .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإنه يجب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تردُّد » .

(٨) في الأصل : « بسيفٍ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) أي ولم يُعْزل من استيفاء القصاص .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « على خوفه وعجزها » والضمير في (عجزها) يعود على اليد ، وهي مؤنثة .

(١١) في الروضة تفصيل حسن في ذلك فانظره (٢٢٢/٩) .

الترتيب ، وهو ضعيف [١] .

فروع ثلاثة

الأول : لو قتله الوليُّ بسيفٍ مسموم يُفَتِّته قبل الدفن [٢] ، لم يُمَكَّنْ [٣] . وإن كان يُفَتِّت بعد الدفن فوجهان .

الثاني : لو قطع الجاني طرفَ نفسِه بإذن المستحقِّ ، ففي وقوعه عنه وجهان ؛ [٤] لاتحاد القاصِّ ، والمقتصِّ [٤] .

الثالث : نصَّ على أنَّ أجرة الجلاد في القصاص على المقتصّ منه ، وفي الحدِّ على بيت المال ، فقيل : قولان ، منشؤهما : أنه يخرج عن العهدة بالتمكين أو التمييز والتسليم ؟ وهو قريبٌ من التردّد في أنَّ مؤنة جِذاذ الثمار على البائع أو المشتري ؟ وقيل بتقرير النصَّيْنِ ؛ لأن الحدّ يجوز سترُ موجبه والهربُ منه ، فيكفي فيه التمكين [٥] .

والأولى أنْ يكون للجلاد رزقٌ من بيت المال إن اتسع .

وينبغي أن يُحْضِر الإمامُ - مَحلَّ الاقتصاص - عدلَيْنِ خبيرين بمجاري الأحوال يبحثان عن الحديدة ، أمسمومة أم لا ؟ ويُرَاقبانِ حقيقةَ الحال .

* * *

(١) قوله : (وهو ضعيف) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « قبل الموت » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) يعني لو أراد وليّ القصاص أن يَسْتوفي بسيفٍ مسموم يُفَتِّت جسد الجاني قبل دفنه ، مُنع من ذلك بلا خلاف ؛ وهذا لما فيه مِنْ هَتْكِ الحرمة وعُسْر الغسل والدفن .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لاتِّحاد القابض والمقبض منه » .

(٥) قال في الروضة (٢٢٣/٩) : « لينصب الإمام من يقيم الحدود ، ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له ، ويرزقه من خمس خمس الفيء والغنيمة ، المرصد للمصالح . فإن لم يكن عنده من سهم المصالح شيء ، أو كان واحتاج إليه لِأَهَمَّ منه ، فأجرةُ القصاص على المقتصِّ منه ؛ لأنها مؤنةُ حقٍّ لزمه أداؤه . وقيل : على المقتص . والصحيحُ المنصوص الأول ، وفي أجرة الجلاد في الحدود - والقاطع في السرقة - وجهان ، أصحهما : على المجلود والسارق ؛ لأنها تتمةُ الحدّ الواجب » .

الفصل الثاني

في أن حق القصاص على الفور

فلايؤخر باللِيَاذ إلى الحرم إلى وقت الخروج ، بل يُقْتَل في الحرم [عندنا] (١) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه) الله (٢) .

ولو لاذ بالمسجد الحرام يُخرج ويُقْتل . وقيل : يقتل في المسجد وتُبسط الأنطاع حذرًا عن (٣) التأخير (٤) . ولو قطع طرْفَه فمات (٥) ، فللوليّ قَطْعُ طرفه وحَزُّ رقبته عقيبه ؛ لأنه استحقّ الروح على الفور . (٦ وكذا لو قطع ٦) في الشتاء فللمستوفي القصاصُ في حرارة القَيْظِ كما له القصاص في حالة المرض وإن كان مخطرًا .

ولو قطع يديه فانْدَمَل ، فقطع رجليه : فللمقطوعِ أن يجمع بين قَطْع يديه ورجليه ولاءً وإن كان فيه مزيدُ خطر ؛ لأن الحقَّ على الفور . وفيه وجه : أنه يُمْنع .

وفي الجملةِ (٧ لا يؤخر حق القصاص ٧) إلا بعذر الحمل إلى وَضْع الولد وارتضاعِه اللِّبأَ (٨)

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يؤخر القصاص باللِّياذ إلى الحرم حتى يخرج منه ، بل يُقْتل فيه . وهو مذهب المالكية .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لو أنشأ القتل في الحرم قُتل فيه ، وإن قتل خارجه ثم التجأ إلى الحرم : لم يُقتل فيه بل يُمْنع عن الطعام والشراب حتى يضطر للخروج منه ، وحينئذ يُقتل خارجه . أما إذا كان القصاص فيما دون النفس ، فقد اتفقوا على جواز استيفائه في الحرم .

انظر : روضة الطالبين (٩م٢٢٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٨) . الكافي ص (٥٩٢) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦١/٤) . رد المحتار (٥٤٧/٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٤) وهذا وجه ضعيف كما أشار إليه الغزالي رحمه الله . انظر الروضة (٢٢٤/٩) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ومات » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وكذلك لو قتل » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يؤخر القصاص » .

(٨) اللِّبأ : بوزن العِنَب ، هو ما يُحْلب من اللبن عند الولادة . انظر المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٠) .

إن كان لا يعيش دونه . فإن لم نجدْ مرضعةً فإلى الفطام . وإنْ وجدناها – ولم تَرْغَب – قَتَلْنا هذه وألزمنا المرضعةَ الإرضاعَ بالأجرة وقدَّرْناه صَبيًّا ضائعًا .

وأما الحدّ فيؤَخّر عن الفطام أيضًا إلى أن يكْفُلَ الولدَ غيْرُها ؛ لقصة الغامدية (1) ؛ فإنّ الحدَّ على المساهلة ، ولذلك تُحْبس الحامل في القصاص ، ولم يَحْبس رسولُ ﷺ الغامديةَ . ولا يُتْبع الهاربُ لأجل الحدّ . وللوالي حَبسُ القاتل إن كان وليُّ المقتول غائبًا ، ولا يحبس في ديون الغائبين ؛ لأنّ في القتل عدوانًا على حقِّ الله تعالى .

فروع ثلاثة

الأول : لو ادعت الحملَ ، ففي وجوب التأخير بمجرد دعواها وجهان :

أَحَدُ الوجهين : يجب ؛ لأنها أَعْرفُ به (2) . وعلى هذا ، لا يمكن استيفاءُ القصاص من المنكوحة (3) يُخَالطها زوجُها .

والثاني : أنا لا نَتْكَفُّ إلا بمخايل الحمل ، ولا مُبالاة بنطفةٍ تعرض عقب الوطء إذا لم تَنْسلك الحياةُ فيها .

الثاني : لو بادر الوليُّ وقَتَلَ الحاملَ [بغير إذن الإمام ، فأجهضت جنينًا ميتًا] (4) عزَّرَه ،

---

(١) هذه القصة رواها مسلم في صحيحه (١٣٢١/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٥) باسناده عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : جاء ماعز بن مالك إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله طهِّرني ... وفيه « ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد ، فقالت : يا رسول الله ، طهرني ، فقال : وَيْحَكِ !! ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددني كما رددتَ ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : إنها حُبْلَى من الزنا ، فقال : آنتِ . قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعي ما في بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال فأتى النبيَّ ﷺ فقال : قد وضعت الغامديةُ ، فقال : إذًا لا نَرجمها وندع ولدها صغيرًا ليس له مَنْ يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إليَّ رضاعه يانبي الله ، قال : فرجمها » .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قال جمهور الشافعية . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكوحة » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

وغرةُ الجنين على عاقلته ؛ لأنَّ مَوْتَ الجنين بهذا السبب لايُتَيَقَّن ، بل يُحْتمل عدمُ الحياة عند الجناية . وإن قَتَلَ [١] بإذن السلطان – وهما عالمان – ففي الغُرّة ثلاثةُ أوجه :

الأصحُّ : أنه على عاقلة الوليّ ؛ لأنه مباشرٌ .

والثاني : يُحَالُ على الإمام ؛ لتقصيره بالتسليط [٢] .

والثالث : أنه عليهما جميعًا بالتشطير .

وإنْ كانا جاهِلَيْنِ فخلافٌ مرتبٌ ، والحوالة على الوليّ أوْلَى ؛ إذ لم يَبْقَ لجانب الإمام وَجْهٌ إلا تقصيرُه في البحث [٣] . فإن كان الإمام جاهلًا والولي عالمًا ، فَلْيُقْطَع بالحوالة على الوليّ ؛ لاجتماعِ العلم والمباشرة ، وفيه وجه .

وإن كان الإمام عالمًا والوليُّ جاهلا ، فجانبُ الإمام قد يَقْوَى بالعلم فيتأكّد النظرُ إليه .

وحيث أحَلْنا على الإمام / فهو على عاقلته أو في بيت المال ؟ فيه قولان يجريان في كل خَطَأ وقع للإمام [٤] . وإن كان عالما فلا يجب على بيت المال . ٢٣٦/ب

هذا في الوليّ [٥] أما الجلاّد فلا عهدةَ عليه عند جهله اتفاقًا ؛ لأنه كالآلة ، فكيف يتقلّد العهدة ؟!. وإن كان عالمًا – وقدر على الامتناع – فهو كالولي . وإنْ خاف سطوة السلطان ، فقد ذكرنا أنّ أمر السلطان إكراهٌ أم لا [٦] ؟ .

الثالث : لو قطع يديْه ورجْليه ، فعفا عن القصاص وطلب شيئًا من الدية ، ففيه ثلاثة أقوال:

---

(١) في (ب) : « وإن قتلها » .

(٢) وهذا هو الصحيح المنصوص خلافًا لما صححه الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) انظر روضة الطالبين (٢٢٧/٩) .

(٤) قال في الروضة (٢٢٨/٩) : « وحيث ضَمَّنَّا الإمامَ ، فإن كان عالمًا ففي ماله . وإن كان جاهلًا ، فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد ، هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ أظهرهما – وهو المنصوص هنا – : أنه على عاقلته » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الوالي » .

(٦) قوله : (أم لا) ساقط من (أ) ، (ب) .

أحدها : أنه تُعجل [1] له ديتان ، فإن تداخل بالسراية استردت واحدة [2] وكأنّ التداخل عارض مغيِّر للسبب [2] بعد تمامه .

والثاني : أنه تُسلم إليه ديةٌ واحدة ؛ لأنه المستيقن ، وسببُ الباقي يتمُّ بالاندمال .

والثالث : أنه لا يُسلم شيءٌ ؛ إذ يتُصَورّ أنْ يجرحه مائة وألف ، فترجع حصته إلى جزء من الألف فلا يُسْتيقن مقدار ، وقد نصَّ الشافعي (رضي الله تعالى عنه) في السيد - إذا جنى على مكاتبه - أنه يعجّل . فقيل بطرد الخلاف تخريجًا . وقيل : الفرقُ التشوّف إلى العتق .

ثم هؤلاء اختلفوا في اختصاص التعجيل بالنجم الأخير ، فقيل : لايختص ؛ لأنَّ الأول أيضًا يقرب [3] من العتق .

* * *

(١) في الأصل : « تجعل » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « وكان التداخلُ عارضًا مغيرا للسبب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تقريب » .

الفصل الثالث

في كيفية المماثلة

وهي مَرْعيّة عندنا في قصاص النفس خلافًا لأبي حنيفة (رحمه اللّه) (١) .

ومعناه : أنَّ مَنْ قَطع وقَتل قُطع وقُتِل ، ومَنْ غرَّق أو حَرَّق أو رَجم بالحجارة فُعِلَ به مثلُهُ إلا إذا قَتَل باللواط أو إيجار الخمر ؛ فإن مثله فاحشة (٢) فَيُعْدل إلى السيف . وقيل : يُعْدَل إلى إيجار الخلّ وإلى استعمال خشبة (٣) .

ومهما عدل المستحقُّ – من غير سيف (٤) – إلى السيف : يُمَكّن ؛ لأنّه أوْحى (٥) وأَسْهلُ .

فروع

الأول : لو أحرقه (٦) بالنار ، فألقيناه في مثلها فلم يَمُتْ في تلك المدة ، فَيُتْرك فيها أو يُعْدل إلى السيف ؟ فيه وجهان :

---

(١) **مذهب الشافعية** : مراعاة المماثلة في قصاص النفس ، فمن قتل إنسانًا بالإحراق أو الإغراق ، أو بالسّم ، فُعل به كمل فَعل ، إلا إذا كان قَتَل بوسيلة غير مشروعة ، كايجار الخمر أو باللواط مثلًا ، فإنه يقاد منه بالسيف في هذه الحالة . وهذا مذهب المالكية أيضًا إلا أنهم اشترطوا ألا يؤدي ذلك إلى تعذيب الجاني وإلا أُقيد منه بالسيف .

ومذهب الحنفية : أنه لا تراعى المماثلة في القصاص ، فلا يقاد من الجاني إلا بالسيف . وعن الإمام أحمد في ذلك روايتان .

انظر : روضة الطالبين (٢٢٩/٩) . المبسوط (١٢٢/٢٦ ، ١٢٥) رءوس المسائل ص (٤٦٧) . رد المحتار (٥٣٧/٦) . الكافي ص (٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٠) . حاشية الدسوقي (٢٦٥/٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) « فإن قتله فاحشة » والمقصود أن قتله باللوط أو إيجار الخمر فاحشة لاتجوز وإن كانت قصاصًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو استعمال خشبة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « من غير السيف » .

(٥) أوحى : أي أسرع . و « الوَحَا » : السرعة . انظر المصباح المنير (١٠١٠/٢) مادة (و ح ي) .

(٦) في (ب) : « لوحرّقه » .

أحدهما : [إلى] (١) السيف ؛ لأنّه أَوْحَى وأسهلُ (٢) .

والثاني : النار ؛ كيلا نُوَالي بين نَوْعَي العذابِ عليه ولتأخذ النارُ مقتلَه كما أَخَذ من المجني عليه .

ولو كان رقبةُ القاتل غليظة لا تنحزّ إلا بضرباتٍ فلا نُبالي بهذا (٣) التفاوت للضرورة .

فإن قلنا : لا يعُدل إلى السيف - لاتحادِ جنس العذاب - فيجري هذا في التجويع في مثل تلك المدة . وهل يجري فى توالي الضربات بالحجارة والسياط ؟ فيه ترددٌ ؛ لأنَّ كلَّ ضربة كالمنقطعة عما قبلها ، ولايَبْعد التسوية ؛ فيقال : ضَرَبه إلى الموت [فنضربه إلى الموت] (٤) .

ولو قطع طَرْفَه (٥) ، فقطعنا طرْفَه فلم يَمُتْ : فلا يجوز أن نقطع بقية الأطراف ؛ فإنّ هذا اختلافُ محلّ معتبر . ولو قتله بجائفة فلم يَمُتْ بجائفة ، فهل نوالي بالجوائف عليه ؟ فيه خلاف ؛ فإن الجوائف تنحو نحو جوف واحد ، والأظهر : أنه كقطع الأطراف . ومهما قطعنا طرفه فلم يَمُتْ فالخيرةُ في حَزّ رقبته إلى المستحِقّ : إنْ شاء أخّر وإنْ شاء عَجَّل .

الثاني : لو قطع يده من الكوع ، فجاء آخَرُ وقطع يده من المرفق فمات منهما : قطعنا الكوع من قاطع الكوع ، وفي قطع المرفق من قاطع المرفق وجهان :

وَجْهُ المنع : أنه قطع ساعدًا بلا كفّ ، فكيف نقْطع السّاعدّ مع الكف ؟ .

ووجْهُ التجويز : أن النفسَ مُستوفاةٌ فلا نظر إلى تفاوت الأطراف .

الثالث : إذا مات بسراية القطع ، فقطعنا يَدَ الجاني فمات : وقع قصاصًا . ولو مات الجاني أولًا (٦) ففى وقوعه قصاصًا وجهان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر الروضة (٢٣٠/٩) .

(٣) في الأصل : « بهذه » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني فمات المقطوعُ بالسراية .

(٦) وذلك يُتَصَوَّر بأن يَقْطع يده ، فتُقْطع يدُ الجاني ، ثم يموت - أي الجاني - بالسراية ، ويموت بعده المجني عليه بالسراية أيضًا .

أحدهما : لا ؛ لأنّ شرط القصاص أن تكونَ روحُ المجني [عليه] [١] زاهقة [قبل موت الجاني] [٢] .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ المقابلةُ وقد حصل [٣] .

الرابع : إذا استحق القصاصَ في اليمين ، فأخرج الجاني يساره فقطعه المستحِقُّ ، فللجاني ثلاثةُ أحوال :

الحالة الأولى : أنْ يقصد بإخراج اليسار إباحتَها ؛ فيسقط قصاصُ اليسار ؛ لأنّ الإخراج - مع نية الإباحة - كافية [٤] في الإهدار . ولو قصد قَطْعَ يده فسكت ولم يخرجها ، فهل يكون ذلك إهدارًا ؟ فيه وجهان ، ووجه كونه إهدارًا [٥] : أنه سكوتٌ في محل يَحْرُم السكوت فيه ، بخلاف ما إذا سكت على إتلاف المال ، فإنّه لا يكون إهدارًا .

فأما قصاص اليمين ، فهل يسقط ؟ يُرْجع فيه إلى نية القاطع ، وله ثلاثة [٦] تأويلات في قطع اليسار :

(الأول) : أن يقول [٧] : استبحْتُه بإباحته [٨] ؛ فيبقى حقُّه في اليمين .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أنّ اليسار تجزىء عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين [٩] وجهان ؛ لأنه قصد الإسقاطَ بناءً على ظنّ خطأ . وهذا الخلافُ جارٍ فيما إذا تضرع مَنْ عليه القصاص ليُؤْخذ منه الفداء ، فأخذه المستحقُّ من غير تلفُّظِهِ بالعفو ، فإقدامُه على الأخذ ، هل

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٣) الأصح في هذه المسألة أن لوليّ المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني إذا اسْتَوَيَا في الدية . انظر مغني المحتاج (٤/٤٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كافٍ » . (٥) في الأصل : « إهدار » .

(٦) في النسخ الثلاثة : « ثلاث » .

(٧) قوله : (أن يقول) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « بإباحاته » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) قوله : (عن اليمين) ساقط من (أ) ، (ب) .

يكون إسقاطًا ؟ فيه خلاف .

فإن قلنا بسقوط حقِّه عن اليمين ، بقي [1] له ديةُ اليمين .

(الثالث) : أن يقول [2] : عرفت / أن اليسار لا تُقْطع عن اليمين [3] ، ولكني قصدتُ أنْ ٢٣٧/أ أجعلَه عوضًا من تلقاء نفسي ، ففيه خلافٌ مرتب ، وسقوطُ حقه عن [4] اليمين ها هنا أولى .

الحالة الثانية : لِلْمُخْرِجِ أن يقول : دُهِشْتُ فلم أدرِ ماذا فعلت [5] ، فهذا ليس بإهدار لليسار [6] ولكنّا نُراجع القاطع ، وله أربعة تأويلات :

(الأول) : أن يقول : دُهِشْتُ [أنا] [7] أيضًا ، فلا يُقْبل منه ويلزمه قصاصُ اليسار ؛ لأن الدهشة لا تليق به مع إقدامه على قطع منظور .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أن اليسار تقع عن اليمين ، فالخلاف في سقوط حقّه عن اليمين كما سبق . والمنقولُ : أنْ لا قصاصَ في اليسار لِظَنِّه ، ويحتمل الإيجاب كما إذا قَتَل الممسكَ لأبيه [8] وقال : ظننتُ أنّ القصاص يجب على الممسِك ، فإنَّ الظاهرَ وجوبُ القصاص ؛ لِبُعْدِ ظنِّه .

(الثالث) : أن يقول : ظننتُ أنّ المخْرَج هو اليمين ، فلا يسقط حقُّه عن القصاص [9] ، وفي وجوب القصاص عليه في اليسار قولان كما لو [10] قتل شخصًا ظنّه قاتلَ أبيه .

(الرابع) : أن يقول : قصدت قَطْعَ يساره عدوانًا ، فعليه قصاص اليسار وبقي حقُّه في اليمين .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يبقي » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « يقول » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « لا تقطع باليمنى » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « من » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « فلم أَدْرِ ما فعلتُ » .
(٦) في (أ) ، (ب) « في اليسار » .
(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٨) يعني إذا اشترك اثنان في قتل والده ، أحدهما قاتل بالمباشرة ، والثاني ممسك ، فَقَتَل الابنُ هذا الممسكَ .
(٩) في (أ) ، (ب) : « عن قصاص اليمين » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

الحالة الثالثة : لِلْمُخْرِجِ أنْ يقول : قصدتُ بإخراج اليسار إيقاعه عن اليمين ، فللقاطع ثلاثةُ تأويلات :

(الأول) : أن يقول : ظننتُ الإباحةَ ؛ فلا قصاص ؛ لأن قرينة الإخراج أكدت [١] الظنَّ ، وحقُّه في اليمين باقٍ .

(الثاني) : أن يقول : ظننت أنّ اليسار تجزىء عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين الخلافُ السابقُ ، ولا قصاصَ في اليسار لتطابُقِ الفعلين والظَّنّيْنِ ونزولِهما منزلةَ معاملةٍ فاسدة ، وقال ابن الوكيل : يجب القصاص في اليسار ، وهو بعيد .

(الثالث) : أن يقول : ظننت [أنّ] [٢] المخرج يمينٌ ، قطع العراقيون بنَفْي القصاص ؛ لانضمامِ التسليط إليه ، وذكروا في الضمان وجهين ، والأظهر الوجوبُ ؛ لأنه لم يسلط مطلقًا بل ببدل لم [٣] يسلم [له] [٤] .

هذا كلُّه في القصاص ، فإنْ جرى في السرقة وفُرِض دهشةٌ أو ظَنٌّ : وقع الحدُّ موقعه ، نصَّ عليه ؛ لأنّ الحدّ على المساهلة ؛ والمقصودُ النكالُ وقد حصل ؛ فَيَبْعُد أنْ تُقْطع يمينه بعد ذلك ، (٥ وقيل بتخرُّجِ وجوب القصاص ٥) .

فرع : إذا قضينا ببقاء القصاص في اليمين ، فأراد أنْ يقطعه عقيبه مُتوَاليا بين الجراحتين ، فالنصُّ مَنْعُه ، بخلاف ما إذا قطع يديه ورجليه متفرقةً ، فأراد القصاصَ متواليًا ؛ لأنّ أَلَمَ الولاء مُتَوَلِّدٌ من الحقِّ ، وهاهنا متولد من جنايتين : (٦ إحداهما حقٌّ ، والأخرى عدوانٌ ٦) .

* * *

(١) في الأصل ونسخه (أ) : « أكّد » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) كلمة : « لم » ليست في (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وقيل بتخريجه على وجوب القصاص » .
(٦) في الأصل : « أحدهما حق ، والآخر عدوان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الباب الثاني

في حكم العفو

والنظر في طرفين :

الأول : في حكم العفو ، وهو مبنيٌّ على أنّ موجب العمد المحض القَوَد المحض والدية ، أحدُهما لا بعينه على سبيل التوازي ؟ أو هو القود المحض وإنما الديةُ تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان ، تَوْجيهُهُما مذكور في الخلاف [1] .

فإذا قلنا : الدية موازية للقصاص لا مُعاقبة له ، فهل القصاصُ أصل [2] والدية تابع ؟ أو هما [2] متوازيان من كل وجه ؟ فيه تردد ، ويَظهر أثره في صيغ العفو - وهي أربعة - تفريعا على أنّ الواجبَ أحدُهما لابعينه :

---

(١) والأظهر عند الأكثرين أنه القود المحض ، وإنما الدية بدل منه عند سقوطه . انظر الروضة (٢٣٩/٩) .

قال الحموي : « قوله في الباب الثاني في حكم العفو : (والنظر في طرفين : الأول : في حكم العفو وهو مبنيٌّ على أن موجب العمد : القَوَدُ المحض أو الدية ، أو أحدها لا بعينه على سبيل التوازي ، أو هو القود المحض ، وإنما الدية تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان توجيههما مذكور في الخلاف) .

قلت : ذكر الشيخ أن موجب العمد المحصنِ القودُ أو الدية أو أحدهما لا بعينه ، وإذا كان كذلك فأقول : أما قوله : (القود) فهو كذلك ، وأما قوله : (أحدهما لا بعينه) فهو كذلك ؛ فإن للشافعي (رضي اللّه عنه) قولين فيهما ، وأما قوله : (أو الدية) فلا حاجة إليه ، فإن أحدًا من أصحابنا لم يقل : إن الواجب عينُ المال ، ولا أحدٌ من العلماء ، فكيف يقول : (أو الدية) ؟ ثم إنه ذكر ما يخالف هذا ، فإنه ذكر ثلاثة أشياء ثم قال : (وفيه قولان) وكان ينبغي أن يقول : ثلاثة أقوال ، كما لا يخفى .

قلت : وإن كان ظاهر كلامه يدل على هذا ، إلا أنه ذكر بعده ما يدل على أنه أراد بالمال لا على سبيل الاستقلال بل بطريق البدلية فقال : (التفريع على قولنا الواجب القود المحض : أنه لو عفا على مالٍ ثَبَتَ ، ويكون بدلًا عند عدم القود ، وكذلك لو تعذر القودُ بموت من عليه القصاص رجعنا إلى الدية . ولو عفا مطلقًا فقولان ... إلى آخره) وإذا كان كذلك صح ما ذكره الشيخ واتجه قوله : (فيه قولان) ؛ لأنه إذا كان المال بطريق البدل لم يبق إشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٩ / ب ، ١٧٠ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والدية تبع ؟ أم هما » .

الأولى :أن يقول : عفوتُ عن القصاص والدية جميعًا ؛ فيسقطان . فلو قال : عفوتُ عن القصاص ، لم يَبْقَ إلا الدية . فإن قال : عفوتُ عن الدية فله القصاص ، وهل له مرجعٌ إلى الدية ؟ فيه ثلاثة أوجه

أحدها : لا ؛ لإسقاطه .

والثاني : نعم ؛ لأن القصاص لا يَعْرَى عن إمكان رجوعه إلى الدية ، فعلى هذا ، لا أثر للعفو عن الدية .

والثالث : في أن تأثيره في أن يجعل القود المحض واجبًا ، فيكون حكمه حكمَ التفريع على القول الآخر في الرجوع عن [1] الدية .

فإنْ قلنا : لا يَرجْع إلى المال استقلالًا ، فهل لهما [2] المصالحة على المال ؟ فيه وجهان [3] :

أحدهما : لا ، كحدِّ القذف .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الدم مُقَوَّم شرعًا كالبضع .

ولو جرى مع أجنبي فوجهان مرتبان وأولى بالمنع ، ووجه التجويز [4] : تشبيههُ باختلاع الأجنبيِّ زوجةَ الغير . وهذا الخلافُ جارٍ حيث يتعرَّى [5] القصاصُ عن الدية . ويمكن ذلك بأن يقطع يديه فَيَسْري [6] إلى الروح ، فإذا قطع يديه قصاصًا ، فليس له إلا حَزُّ الرقبة . فلو عفا فلامالَ ؛ لأنه استوفى يدين يوازيان الدية [7] .

الثانية : إذا قال : عفوتُ على أن لامالَ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يسقط كلاهما كما لو عفا عنهما .

والثاني : لا ؛ لأنه شرط نَفْيَ المال في العفو عن القود ، والعفْوُ المطلق – على هذا القول –

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى » .
(٢) في (أ) ، (ب) ، « لهم » .
(٣) في الأصل : « وجهان » كلمة (فيه) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في الأصل : « وجه التجويز » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « يَعْرى » .
(٦) في الأصل : « فَسَرَى » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٧) في الأصل : « يتوازيان الدية » والمثبت من (أ) ، (ب) .

موجبٌ للمال ؛ فلا ينتفي بشرط النَّفْي [١] .

الثالثة : أنْ يقول : عفوتُ عنك ، ولم يتعرض لديةٍ ولا قود ، فإنْ / قلنا : الواجبُ القود المحض ، سقط القصاص [٢] ، ويكون كالعفو المطلق . وإن قلنا : الواجب أحدُهما ، ففيه وجهان : ٢٣٧/ب

أحدهما : أنه يسقط القود ؛ لأنّ لَفْظَ العفو يليق به .

والثاني : أنّه مجمل [٣] ويُرَاجَع ، فإن نوى شيئًا اتبع . وإن قال : لم يكن لي نية ، قيل له : أنشىء الآن نيةً . وفيه وجه ثالث : أنه إنْ لم يكن له نيةٌ انصرف إلى القصاص ، وإنْ نوى الدية انصرف إليها .

الرابعة : إذا قال : اخترت الدية ، سقط القود [٤] ، وإن قال : اخترتُ القود المحض فهل يُجْعَل كإسقاط الدية ؟ فيه وجهان ، وَجْهُ قولنا : لا يسقط ، أنه يُحْمل على التهديد [٥] والوعيد ، فله أَنْ يُحْسن بالعفو .

التفريع على قولنا : إن الواجب القودُ المحض ، أنّه لو عفا على مال : ثَبَتَ ، ويكون بدلا عند عدم القود ، وكذلك لو تعذَّرَ القودُ بموت مَنْ عليه القصاصُ رَجَعْنا إلى الدية ، وإن عفا مطلقًا فقولان :

أحدهما : أنْ لامَالَ ؛ لأنه لاواجبَ إلا القودُ وقد أَسْقَطَه .

والثاني : أنه يثبت ؛ لأن الدية خلف القود عند سقوطه .

فرعان

الأول : المفلس المستحِقُّ للقود له الاستيفاء ، فإن عفا عن القودمع نَفْي المال ، فهل يُنَزّل منزلةَ المطلق ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أنه دفع لسبب الوجوب ، كما إذا رَدّ هبةً أو وصيةً ، أو دفعَ الوجوب بعد جَرَيان سببه .

وفي المبَذِّر طريقان ، منهم مَنْ ألحقه بالمفلس . ومنهم مَنْ قال : هو - في استيفاء القصاص وإسقاطِه - كالبالغ ، ولكن في دفع الدية كالصّبيّ .

---

(١) في الأصل : « نَفْي » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « يسقط القصاص » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أنه محتمل » . (٤) في (ب) : « يسقط القود » .
(٥) في الأصل : « التهدد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفرع الثاني[١] : لو صالح عن القصاص على مائتين من الإبل : بَطَل على قولنا : [إن][٢] الواجبَ أحدُهما ؛ لأنه زيادةٌ على الواجب . وعلى [القول][٣] الآخر فيه وجهان ، وجه المنع : أن الدية لها تَعَلُّقٌ بالقود بكل حال فلا مَزيدَ عليها .

* * *

(١) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني

في العفو الصحيح والفاسد

وأحوالُ العفو سبعةٌ :

الأولى : [أنه] [(١)] إذا أذن له في القطع سقط القصاص . وإن سرى إلى النفس سقط أرشُ الطرف [(٢)] ، وفي دية النفس إذا سرى - أو قال : اقتلني - قولان ينبنيان على أنّ الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تَلَقِّيًا من الميت ؟ والأصح : أنه تَلَقٍّ [(٣)] ، فسقط بعفوه كلُّ الدية وإن لم يكن له مالٌ سواه فإنه دفع الوجوب [(٤)] فلايحسب من الثلث . وفي سقوط الكفارة وجهان ، أصحهما : اللزوم ؛ للجناية على حقّ الله تعالى . وخرَّج ابن سريج أنّ حقَّ الله تعالى يتبع حق الآدمي كما في القتل قصاصًا .

الثانية : العفْوُ بعد القطع وقبل السرية ، بأن يقول : عفوتُ عن القطع أرشًا وقَوَدًا ، فإذا سرى إلى ما وراءه مع بقاء النفس ، فالسرايةُ مضمونةٌ ؛ لأنه لم يَعْفُ عن المستقبل وقد تولَّدَ عن فعلٍ كان مضمونًا . وفيه وجه : أن العفو الطارىء كالإذن المقارِن .

ولو قال : عفوتُ عما سيجب ، فهو إبراء عما لم يَجِبْ وجَرَى سببُ وجوبِه ، وفيه قولان .

الثالثة : العفويين القطع والموت ، بأن قال : عفوتُ عما سبق أرْشًا وقودًا ، فلا قصاص في النفس ؛ لِتولُّدِه عن مَعْفُوٍّ عنه وعن ابن سُرَيْج وجه : أنه يجب ؛ لأن الفعل كان عدوانًا ولم يَعْفُ عن النفس .

وأما الدية ، فتخرَّج على الوصية للقاتل ، فإن منعناها لم تسقط ، وإن جوَّزْناها سقط مايقابل القطع السابق ويبقى الآخر إلا إذ صرَّح بالعفو عما سيجب ؛ فيُخَرَّج على القولين إلا إذا كان قد قطع كلتا اليدين ، فإنّ العفو عنه [عفوٌ] [(٥)] عن كمال الدية فلا يبقى واجبٌ .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « الجناية » .

(٣) في لأصل : « تَلَقِّي » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « دفع للوجوب » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

ولو أوصى للجاني بالأرش بدل العفو لم يُخَرج [هذا] [1] على الإبراء عما سيجب ؛ لأن هذه وصية يمكن الرجوعُ عنها وليس بإبراء مُنَجَّز ، والوصيةُ بما سيجب : تجوز ، ونصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) هاهنا تدلُّ على منْع الوصية للقاتل ، فإنه قال : لو كان القاتلُ عبدًا صَحَّ العَفْوُ ؛ لأنّ أثره يرجع إلى السيد الذي ليس بقاتل . وقال : لو كان الجاني مخطئًا صَحَّ العفْوُ ؛ لأن الفائدة للعاقلة لا للقاتل ، ولو كان العاقلة مُنْكِرًا أو مخالفًا في الدين ، فإنّ [2] العفْوَ باطلٌ ؛ لأنه عَفْوٌ عن القاتل [فهو وصية له] [3] . وقال الأصحاب : إذا قال للخاطىء : عفوتُ عنك - وقلنا : الوجوبُ لا يلاقيه ، فهو لغوٌ . وإن قلنا : يلاقيه ، لغا أيضًا على أحد الوجهين ؛ لأنّ ملاقاته له تقدير [4] مختطف [لا قرار له] [5] .

الرابعة : إذا عفا بعد قَطْع الطرف على مال ، فقد ذكرناه في القصاص إن سرى ، فلو حَزَّ رقبته ، هل يكون كسراية قطعه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ فإن الجاني واحد ، فيتَّحد الحكمُ كما تتحد الدية .

والثاني : لا ؛ لأنّ سقوط القصاص كالمتولِّد [6] عن مَعْفُوٍّ عنه .

الخامسة / : عَفْو الوارث بعد موت القتيل صحيحٌ ، فإن استحقّ القصاص في الطرف ٢٣٨/أ والنفس فعفا عن أحدهما لم يَسْقط الآخر . وقيل : إن عفا عن النفس ، فقد التزم بقاء الأطراف ؛ فيسقط قصاصُ الطرف [والنفس] [7] . [8] وإن كانت النفس مستحقة [8] بقطعِ الطرفِ ، فعفا عن الطرف ، ففي جواز حَزّ الرقبة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّه عفا عن الطرف .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قال » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تقديرًا » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « كالتولد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « وإن كان النفس مستحقًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

والثاني : نعم ؛ إذْ كان له أنْ يقطع الطرف ثم يَحُزّ الرقبة . ولا يبعد أن ينفصل الطرف [١] عن الغاية ؛ إذ لو قطع طرفَ عبدٍ فعتق ومات ، فللسيد قَطْعُ يده ؛ وللولد [٢] حزُّ رقبته ، وعَفْوُ أحدِهما لايُسْقط حقَّ الآخر .

السادسة : العفو بعد مباشرة سبب الاستيفاء ، كما إذا قطع يَدَ مَنْ عليه القصاص ، ثم عفا عن النفس ، فإن اندملَ القطع صَحَّ العفو ، ولا ضمان عليه خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . وإذا سرى بَانَ أنّ العفَو باطلٌ ، وكذلك إذا رمى إليه ، ثم عفا قبل الإصابة ، فإنْ أصاب بَانَ بطلانُ العفو ، وهو الأصحّ [٣] .

السابعة : إذا تنحّى الوكيلُ إلى عرصة الموقف ليستقيد ، فعفا الموكِّلُ ، فحزَّ الوكيلُ رقبته غافلًا : فلا قصاص عليه ، وفي الدية والكفارة ثلاثةُ أقوال ، في الثالث : تجب الكفارةُ دون الدية . وَوَجْهُ إسقاط الدية : أنه معذورٌ كما في السهم الغرِب . ووجْهُ إيجابه : أنه [٤] فيه نوعُ تقصير ؛ إذ كان ينبغي أن يُجَدّد الاستئذان عند الحزّ . ووجْهُ دفع الكفارة : إسقاطُ أثر العفو في حقه ؛ لأنه لم يبلغْه . ومع هذا ، فلا خلافَ في أن القتل لم يقع قصاصًا ؛ (٥ فيثبت للعافي الدية في تركة القتيل ٥) وفيه وجه : أنّا إنْ أهدرنا دية القتيل [٦] ، فلا نُوجب للعافي شيئًا في تركته .

وإنْ فرّعنا على أنَّ دم القتيل لايُهدر ، فالديةُ على الوكيل ، أو على عاقلته ؟ فيه قولان يجريان [٧] في كل خطأ لايتعلّق بالفعل ونفس القتيل .

فإذا أوجبناه ، ففي الرجوع على العافي طريقان ، منهم مَنْ نزَّله منزلة المعذور ، ومنهم مَنْ قال : هو مُحْسِنٌ بالعفْو فلاشيء عليه .

فرع : لو اشترى المجني عليه العبدَ الجانيَ بالأرش المتعلِّق برقبته : صَحّ ؛ كشراء المرتهن

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطريق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وللوارث » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « على الأصح » . (٤) في (ب) : « أنّ » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فَيَثْبت للعافي في تركة القتيل القاتل : الديةُ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القاتل » .

(٧) في الأصل : « يجري » والمثبت من (أ) ، (ب) .

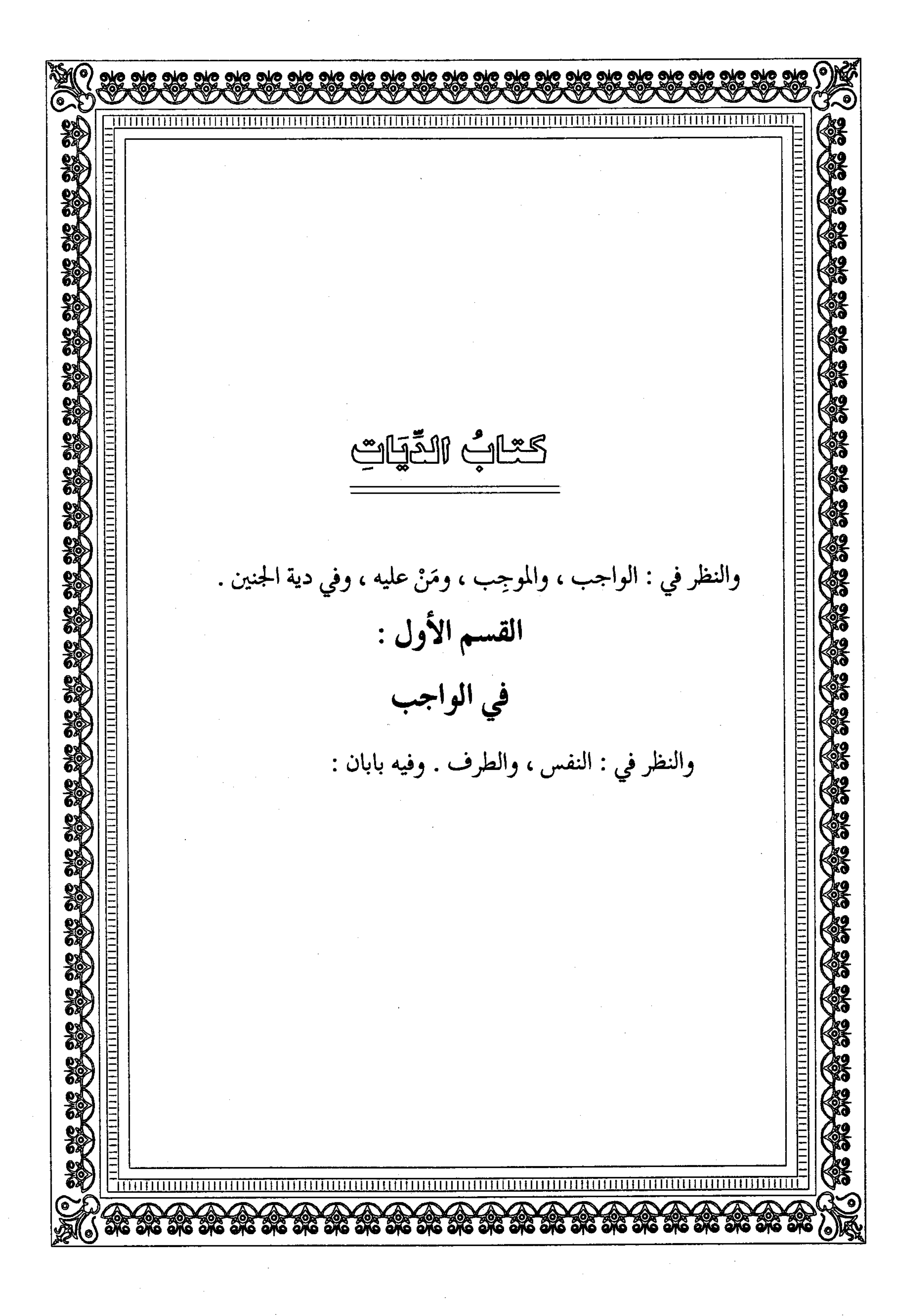
بالدَّيْن ، فإن هذا الدَّيْنَ - وإن لم يكن على السيد - فهو مُتعلِّق بماله .

وإن كان الأرش إبلًا ، ففي الشراء وجهان ؛ لما فيه من الجهالة ، ووجه الصحة : أن المقصودَ الإسقاطُ دون الاستيفاء ؛ فَيُسَامَح في الجهالة .

فلو وجد بالعبد عيبًا ، فله الردُّ وإن كان لا يَسْتفيد بردِّه أمرًا زائدًا ؛ إذ لا يتجدَّد له على السيد طَلَبه [واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلم] (١) .

* * *

(١) زيادة من (ب) .



كِتَابُ الدِّيَاتِ

والنظر في : الواجب ، والموجِب ، ومَنْ عليه ، وفي دية الجنين .

القسم الأول :

في الواجب

والنظر في : النفس ، والطرف . وفيه بابان :

الباب الأول
في النفس

والأصل [١] في الحرّ المسلم مائةٌ من الإبل [والأصل فيه قوله ﷺ : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل »] [٢] مُخَمَّسة : عشرون منها بنت مخاض [٣] ، وعشرون بنت لبون [٤] ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حِقّة [٥] ، وعشرون جَذَعة [٦] .

ثم تتغير في أربع [٧] مغلّظات وأربع منقصات .

أما المغلظات الأربع فهو : الحرَم ، والأشهر الحرُم ، والرّحِم ، والعَمْدِيَّة .

أما الحرم ، فالقتلُ في مكة وسائرِ الحرم يُوجب التغليظَ على الخاطىء ، وكذا [٨] لو رَمَى من الحرم إلى الحِلّ ، أو من الحِلّ إلى الحرم كما في الصيد . وفي حرم المدينة خلافٌ ، والإحرام لا يَلْتحق به .

---

(١) في (أ) : « والواجب » .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) ، (ب) . وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٦٨٢/٤) (٣٣) كتاب « الديات » (١٩) باب في « دية الخطأ شبه العمد » حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة فكبَّر ثلاثًا ... ثم قال : « ألا إنَّ ديةَ الخطأ شِبْهَ العمد – ما كان بالسوط والعصا – مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادُها » . ورواه النسائي (٤٠/٨) باب « القسامة » باب « كم دية شبه العمد ؟ » . ورواه ابن ماجه في سننه (٨٧٧/٢) حديث (٢٦٢٧) جميعًا من طريق حماد بن زيد عن خالد الحذاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بنات مخاض » . وابن مخاض هو ولد الناقة يبلغ سنة ويأخذ في السنة الثانية . ويقال للأنثى : بنت مخاض ، والجمع : بنات مخاض . انظر المصباح المنير (٨٧٢/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (١٢٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بنات لبون » . وولد اللبون : هو ولد الناقة يدخل في السنة الثالثة ، ويقال للأنثى : بنت لبون ، والجمع : بنات لبون . انظر المصباح المنير (٨٤٤/٢) . مادة (ل ب ن) . المطلع ص (١٢٤) .

(٥) الحِقّة : الناقة تبلغ ثلاث سنوات وتدخل في الرابعة ، وسُميت كذلك؛ لأنها استحقت أن تُرْكب ويُحْمَل عليها . انظر المطلع ص (١٢٤) .

(٦) الجذَعَة : الناقة تكمل خمس سنوات وتدخل في السادسة . انظر المطلع ص (١٢٤) .

(٧) في (أ) : « بأربع » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

وأما الأشهر الحرم فأربعة ، ثلاثة منهن سَرْد : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم . وواحدٌ فَرْدٌ ، وهو رجب .

وأما الرحم ، فما يوجب المحرمية دون ماعداها من القربات [١] .

واعتمد الشافعي (رضي الله عنه) في التغليظ بهذه الأسباب الثلاثةِ آثارَ الصحابة (رضي الله عنهم) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

وأما العمدية - وكونُه شِبْهَ العمد - فقد ذكرناه . ونذكر الآن ثلاث صور :

إحداها : أن من قتل شخصًا في دار الكفر علي زِيِّ الكفار ، فإذا هو مسلم ، ففي الدية قولان [٢] ، فإن أوجبناها [٣] ففي الضرب على العاقلة قولان ، وهو ترددٌ في أنه يُجْعَل عمدًا أو شِبْهَ عَمْد ؟ . وفيه وجه : أنه يُلْحق بالخطأ المحض فيخفف [٤] على العاقلة .

الثانية : إذا رَمى إلى مرتد ، فأسلم قبل الإصابة ، وهي معنى الصورة السابقة ، وأولى بأن يُلْحق بالخطأ .

الثالثة : إذا رمى إلى جرثومة ظَنَّها شجرةً ، فإذا هي [٥] إنسان ، فالصحيح : أنه خطأ محض كما لو سقط / من سطح ، أو مرق السهم من صيد إلى إنسان ، أو قصد شخصًا فأصاب ٢٣٨/ب غيره . ويُحْتمل من مسألة الحربيّ أن يقال : ظنٌّ كونِه شجرًا كظنٍّ كونه حربيًّا هدرًا [٦] وقد قصده في عينه .

فإن قيل : ما معنى التخفيف والتغليظ ؟ ، قلنا : المائة من الإبل تَتَخفَّف في الخطأ المحض من ثلاثة أوجه : الضَّرْبُ على العاقلة ، والتأجيل بثلاث سنين ، ووجوبُها مُخمَّسة . وفي العمد المحض [٧] تتغلّظ بتخصيصه بالجاني ، وبتعجيله عليه [٧] ، وتبديل التخميس بالتثليث ، وهو أن

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القرابات » .

(٢) والأظهر من القولين أنه لا دية عليه . انظر الروضة (٢٥٦/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن أوجبنا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ليخفف » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإذا هو » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « مهدر » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تغلظ بتخصيصها بالجاني وبتعجيلها عليه » .

يجب ثلاثون حِقّة ، وثلاثون جَذَعة ، وأربعون خَلِفَة في بطونها أولادُها . وهذه النسبة مَرْعيةٌ ، حتى تجب في أرش جناية الموضحة خلفتان ، وجذعة ونصف ، وحقة ونصف . وكذا في سائر الجراحات .

وأما شبه العمد فتتخفَّف من وجهين : الضرب على العاقلة ، والتأجيل ثلاث سنين ، وتُغَلَّظ من وجه : وهو التثليث ؛ لقوله عليه السلام : « أَلَا إنَّ قتيل العمد الخطأ - قتيل السوط والعصا - فيه مائةٌ من الإبل (١ ، أربعون منها ١) خلفة في بطونها أولادها » (٢) .

ولا يتضاعف التغليظ بتضاعفِ الأسباب ، فيجب على العامد في الحرم في الأشهر الحرم بقتل ذي الرحم ما يجب على العامد دون هذه المغلظات .

فإن قيل : (٣ فما صفة الإبل ، وصنفُه ، وبدلهُ عند فَقْدِه ٣) ؟ ، قلنا : أما الصفة فما ذكرناه مع السلامة عن العيوب (٤) المثبتة للردّ بالعيب . أما الخلفة فلا تكون إلا ثَنِيَّة (٥) ، فإن حملت ما دونها (٦) - على الندور - ففي إجزائها وجهان (٧) ؛ لأنه قد يُظَنّ الإجهاض بها (٨) .

ومهما تنازعا في وجود الحمل ، حُكِمَ في الحال (٩) بقولِ عدلين من أهل البصيرة ، فلو اختلف (١٠) قولهما استدرك ، فلو رَدَّ وليُّ الدم وقال : ليس (١١) حاملًا ، فالقولُ قوله ، إلا إذا ادّعى الجاني الإجهاضَ في يده وكان قد أخذه (١٢) بقول عدلين لا بقول الجاني ، ففيه وجهان :

أحدهما : (١٣ أنّ المصيب هو الجاني ؛ لموافقته قولَ العدلين ١٣) .

---

(١) في (أ) (ب) : « منها أربعون » .

(٢) سبق تخريجه قريبًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وما صفة الإبل ، وصنفها ، وبدلها عند فَقْدها ؟ » .

(٤) في (أ) : « من العيوب » .

(٥) الثَّنِيّة : الناقة تدخل في السنة السادسة . ويقال للذكر : ثَنِيّ . انظر المصباح (١٣٥/١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فيما دونها » .

(٧) والأصح إجزاؤها . انظر الروضة (٢٦٠/٩) .

(٨) في (أ) : « لها » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « في الحمل »

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن اختلف » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « ليست » .

(١٢) في (أ) : « أخذها » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « أن المصدّق هو الجاني ؛ لموافقة قولِ عدلين » .

والثاني : هو الوليّ ؛ لأنَّ العدل لم يحكم إلا بالتخمين ، فيصلح تخمينه لتأخير حقّه لا لإسقاطِه .

أما صنفُه [1] ، فهو غالبُ إبل البلد ، فإن لم يكن في البلد [إبل] [2] فأقربُ البُلْدانِ إليه ، [3] فإن كان إبل مَنْ عليه مخالفًا لإبل البلد [3] فهل تتعيّن ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كقوتِ مَنْ عليه [زكاة] [4] الفطر في أحد القولين .

والثاني : لا ؛ لأنه شكرٌ على النعمة ، فيكون من جنسها ، وهذا أرشُ الجناية فلا يناسب اعتبار ملكه .

فإن اعتبرناها ، فكانت مريضةً أو معيبةً فهي كالمعدومة . وإن كانا جنسين [مختلفين] [5] متساويين فالخِيَرَةُ إلى المعطي .

[6] وأما بدله عند العجز فقيمته [6] في محل العبرة مغلظةً كانت أو مخففةً . ونَصَّ في القديم على أنه يرجع إلى ألف دينار ، أو إلى اثني عشر ألف درهم من النُّقْرة الخالصة . وقيل : إن معنى القديم التخيير بين الخصال الثلاث ، وهو ضعيف ؛ لأن أثر التغليظ يسقط به . وقيل : يُزَاد الثلث [7] بسبب التغليظ فيجعل ستة عشر ألفًا ؛ تقليدًا لأثر ابن عباس (رضي الله عنه) ، وهو بعيد [8] .

هذا بيان المغلّظات ، وأما المنقصات فهي أربع :

الأولى : الأنوثة ، فإنها تردّ كلَّ واجبٍ إلى الشطر ، ثم تُرْعى النسبة في التغليظ والتخفيف ، فيجب عشرون خَلِفة ، وخمس عشرة حِقَّةً ، وخمس عشرة جَذَعة ، وعلى [هذا] [9] الحسابُ في الأطراف .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما صنفها » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت إبل مَنْ عليه مخالفةً لإبل الدية » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « أما بدلها – عند العجز – فقيمتها » .
(٧) في (أ) : « البدل » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .
(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الثانية : الرق ، وواجبُ الرقيقِ قيمتُه بالغةً ما بَلَغَتْ وإن زادت على دية الحرّ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فإنه حطَّ عن ديته بقدر نصاب السرقة .

الثالثة : الاجتنان في البطن ، إذْ واجبُ الجنين الغرة ، [1]ولا يتغلظ فيه ، وسيأتي [1] .

الرابعة : الكفر ، ودية اليهودي والنصراني ثلثُ دية المسلم ، وديةُ المجوسي ثمانمائة درهم ، ولا يَظْهر فيه التغليظ ، إلا أن يُجْعل هذا معيارًا للنسبة فينسب إلى اثني عشر ألف درهم ، ويقال : هو خمس دية المسلم .

هذا في أهل الذمة وأهلِ العقد والمستأمنين من هؤلاء .

أما الزنادقة وعبدةُ الأوثان فلا دية لهم ولا ذمة لهم [2] . ولو دخل واحدٌ منهم دارنا رسولًا مستأمنا : فإن كان وثنيًا أُثبت له أخسُّ الديات وهي [3] دية المجوسي ؛ لأنه الأقل تحقيقًا للعصمة لأجل الحاجة إلى الأمان ، وإن كان مرتدًا فلا دية في قتله ولكنا نمتنع عن [4] قتْلِه في الحال ، مصلحةً كالنساء والذراري .

والزنديقُ الذي وُلِدَ كذلك مترددٌ بين الوثني والمرتد .

هذا كله فيمن بلغتْهم الدعوةُ . وأما مَنْ لم تبلغهم دعوتنا ، قال القفال : يجب القصاص على المسلم بقتلهم / لأنهم على الحقّ . ومنهم من قال : لا كفاءة بين الدينين وإن كانا حَقَّيْنْ ؛ لأنه بقي خطأ [5] باعتبار جهله ، وهو الآن باطلٌ في نفسه فلا قصاصَ ، ولكن [6] تجب دية المسلم . ومنهم من قال : بل تجب دية أهل دينه إن كان يهوديًا أو مجوسيًا ؛ لأن منصب دينهم لا يَقْتضي إلا هذا القدر . ٢٣٩/أ

وإن لم تبلغهم أصلًا دعوةُ نبيٍّ ، قال القفال [7] : وجب القصاصُ ؛ لأنهم أهل الجنة . وقال غيره : لا لعدمِ [8] أصلِ الدين ، ولكن في الدية وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا تغليظ فيه على ما سيأتي » .

(٢) في (أ) : « ولا ذمة » بدون كلمة (لهم) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو » .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « حقًا » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكنه » .

(٧) في (أ) : « فقال القفال » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لعدمهم » .

أحدهما : دية المسلم [١].

والثاني [٢] : أخسُّ الديات .

وإن كانوا متعلِّقين بدين مُحَرَّفٍ - كدين موسى (عليه السلام) بعد التحريف - فلا قصاص ، ويُحْتمل إسقاط الضمان لعدم الذمة وعدم الدين الصحيح ، ويكون انكفافُنا عنهم كانكفافنا عن النساء .

وأما الصابئون من النصارى والسامرةُ من اليهود إن كانوا معطلة دينهم [٣] فلا حُرْمَةَ لهم ، وإن كانوا من أهل الفرق فلهم حكم دينهم .

وأما مَنْ أسلم ولم يهاجر ، فهو كالذي هاجر في القود والدية ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا عصمةَ إلا بالهجرة إلى دار الإسلام [٤] .

* * *

(١) في (أ) : « دية مسلم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والآخر » .

(٣) أي إن كانوا كفارًا بدينهم .

(٤) انظر إيثار الإنصاف ص (٢٤٤) .

الباب الثاني

فيما دون النفس

[1]وهذه الجناية إمّا جرح يَشُق [1] أو قَطْعٌ مُبين ، أو ضَرْبٌ يُبْطِل منفعةً .

النوع الأول : في الجرح . وذلك إما على الوجه والرأس ، أو على [2] سائر البدن .

أما الرأس ، ففي الموضحةِ خمسٌ من الإبل ، وهي كل ما تُوضِح العظم ، فإن صارت هاشمةً [3] فعشرُ [4] من الإبل ، فإن صارت مُنَقِّلَةً فخمسَ عشرة [4] ، فإن صارت مأمومةً [5] فثلثُ الدية .

أما الدامغة المذفّفة ففيها كمالُ الدية . وفي الهاشمة - من غير إيضاح - خمسٌ من الإبل ، وقيل : حكومة [6] ؛ لأن العشر في مقابلة الموضحة الهاشمة . ولو أوضح واحدٌ وهَشَم آخرُ ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهو إما جرح يشق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإما على » .

(٣) الهَشْم : كَسْرُ الشيء اليابس والأجوف ، وهو مصدر ، ومنه « الهاشمة » وهي الشجة التي تهشم العظم . انظر المصباح المنير (٩٨٨/٢) . طلبة الطلبة ص (٣٣٥) .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . والمنَقِّلة : يقال : نَقَلْتُه نَقْلا : أي حولته من موضع إلى موضع . وانتقل : تحوّل . والاسْمُ : النُّقْلَة . ونَقَّلْتُه - بالتشديد - مبالغة وتكثير . ومنه « المنَقِّلة » وهي الشجة التي تخرج منها العظام ، ويقال : المنقَّلة ، على صيغة اسم المفعول ، و « المنقِّلة » على صيغة اسم الفاعل ، ويُقْصد بها حينئذ الضَّرْبة نفسُها ؛ لأنها تكسر العظمَ وتُنَقِّله من مكان إلى مكان . انظر : المصباح المنير (٩٦٣/٢) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٤) .

(٥) أَمَّه : شجّه ، والاسم : آمّة ، على صيغة اسم الفاعل . وبعض العرب يقول : مأمومة ؛ لأن فيها معنى المفعولية فى الأصل .

انظر : المصباح المنير (٣٨/١) مادة (أ م م) . أنيس الفقهاء (٢٩٤) .

(٦) يقال : حكّمت الرجل : أي فوضتُ إليه الحكم . والمقصودُ بالحكومة هنا ما لم يُحدّد له الشرعُ أرشًا مقدرًا ، بل تَرَك أمره للقاضي ، والقاعدةُ فيه : أن ما لا قصاصَ فيه من الجنايات - على ما دون النفس - وليس له أرش مُقَدّر : ففيه الحكومة ، وذلك ككسرِ كلّ عظم من البدن سوى السّنّ ، وثَدْي الرجل ، أو لسان الأخرس ، أو ذكر الخصيّ أو العِنّين .

=

ونَقّل ثالثٌ وأَمَّ رابعٌ : فعلى كل واحدٍ خمسٌ من الإبل ، إلا على الآمِّ فعليه التفاوتُ بين المنقِّلة وأرش المأمومة ، وهي ثمانية عشر بعيرًا وثُلث بعير [١] .

والتعويل – في هذه التقديرات – على النقل ، وقد نصَّ الشارع على بعضها ، وقِيسَ بها البعض . فإذا قلنا : في الموضحة خمسٌ من الإبل عنينا به نصفَ عُشْرِ الدية ، حتى ترعى هذه النسبة في المرأة والذمي والعبد .

و كل عظم على كرة الرأس فهو في محل الإيضاح وإن كان من الوجه ، كالجبهة والجبين والوجنة وقصبة الأنف واللحيين ومن جانب القفا إلى الرقبة [٢] . فأما العظمة الواصلة [٣] بين عمود الرقبة و كرة الرأس ، ففيه ترددٌ .

فإن تعددت الموضحة على الرأس تعدد الأرش ، فإن استوعب جميع الرأس بواحدة فالأرش واحدٌ . فاتحاد [٤] الموضحة بأن لايختلف المحلُّ والصورةُ والحكمُ والفعل .

أما الصورة فأنْ تقع على الموضعين [٥] . فإن [٦] رفع الحاجز اتحد الأرش ، وإن كان الرفع من غير الجاني لم يتحدْ . ولو كان الحاجز بين الموضحتين الجلد دون اللحم – أو اللحم دون الجلد – فأربعة أوجه :

أحدها : أنه يتعدد ؛ إذْ بقي حاجزٌ مَّا [٧] .

والثاني : لا ؛ لأنه حصل نوعٌ من الاتحاد .

والثالث : اللحم حاجز دون الجلد ؛ لأنه المنطبق على العظم .

= ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة – من الشجاج – ليس له أرش مقدر . وحكومة العدل تكون على الجاني ولا تتحملها العاقلة عنه . انظر المصباح المنير (٢٢٦/١) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) . الفقه الإسلامي (٣٥٠/٦ ، ٣٥١) .

(١) كلمة (بعير) ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « والرقبة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فأما العظم الواصل » .

(٤) في (أ) : « واتحاد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « موضعين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « إذا بقي حاجز » بدون (ما) .

الرابع : الجلد حاجز (١) دون اللحم ؛ لأنه الساتر عن العين .

وأما تعدد المحل ، فبأنْ تخرج الموضحة الواحدة من الرأس إلى الجبهة ، أو من الجبهة إلى الوجه (٢) ، ففي تعدده (٣) وجهان [أحدهما : لا] (٤) لاختلافِ اسم المحل ، ولا تتعدد بشمولها القذالَ والهامة ؛ إذِ الكلُّ في حكم الرأس .

أما تعدد الفاعل بأن (٥) يُوسِع إنسانٌ موضحةَ غيرِه ، فعلى كل واحدٍ أرشٌ وإن كانت الموضحة واحدة (٦) ، فإن جاء هو ووسَّع موضحةَ نفسِه لم يَزِدِ الأرشُ على الصحيح .

أما تعدد الحكم ، فبأن يكون بعضُ الموضحة عمدًا ، وبعضها خطأً ، أو بعضها حقًا قصاصًا والباقي عدوانًا ، فيتعدد الحكم اعتباراً لاختلاف الحكم باختلاف المحل . فإن قلنا بالاتحاد فيكفي أرش واحد في العمد والخطأ ، وفي الزيادة على الاقتصاص لابد من شيء لهذه الزيادة ، وهو أن يُوزّع الأرشُ على جملة الجراحة ويسقط ما يقابل الحق ويجب الباقي ؛ فإنَّ اندراجَ الدية تحت القصاص غيرُ ممكن .

أما المتلاحمة فواجبها حكومةٌ . وفيه وجه : أنه يُقدّر (٧) بالنسبة إلى الموضحة ، (٨ وذلك بتقدير سمك اللحم ٨) .

الموضع الثاني : الجراحات في سائر البدن . وفي جميعها الحكومة إلا الجائفة ، ففيها ثلثُ الدية ، وهي كل واصلة إلى جوف فيها (٩) قوة محله (١٠) ، كالبطن وداخل الصدر وإن لم تخرق الأمعاء والدماغَ / وإن لم تخرق الخريطة وكذا المثانة وداخل الشرج من جهة العِجَان (١١) ٢٣٩/ب

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الحاجز » .

(٢) في (أ) : « الوجنة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ففي التعدد » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « فأن » .

(٦) كلمة (واحدة) ساقطة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « يتقدر » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وذلك يتقدر بسمك اللحم » .

(٩) في (أ) : « فيه » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « محيلة » .

(١١) العِجان : هو ما بين الخُصْية وحَلْقة الدبر . انظر المصباح المنير (٦٠٤/٢) . روضة الطالبين (٢٦٥/٩) .

فأما ما ينتهي إلى داخل الإحليل والفم والأنف والأجفان إلى بيضة العين [1] ، ففيه وجهان :

أحدهما : يتقدَّر ؛ لحصولِ اسم الجوف .

والثاني : لا ؛ لأن تقدير الجائفة لخطرها ، وهي جوف أُودِعَ فيه القوى المحيلة .

وداخل عظم الفخذ ليس بجوف وفاقًا .

وإن قلنا : لا يتقدر ، فلو كان [2] على الوجه [3] ونفذ في اللحم فأرشُ متلاحمةٍ [3] وزيادةُ شيءٍ ؛ لصورة النفوذ . وإن نفذ في عظم الوجه [4] فأرشُ مُنَقّلةٍ وزيادةٌ .

فروع

الأول : لو ضرب بطنه بمشقص فجائفتان ، ولو ضربه بسنان فخرج [5] من بطنه إلى ظهره فوجهان :

الصحيح : أنهما جائفتان كالمشقص .

والثاني : لا ؛ لاتحاد الخارج والفعل .

الثاني : لو التحمت الجائفة لم يسقط الأرش كالموضحة ، بخلاف عَوْد السّنّ ، فإن التحام الموضحة لابد منه ، وكذا في كل جارحة [6] لا تَسْري ، وفيه وجه قياسًا على السّنّ ، ولا قائلَ به في الموضحة ، ويحتمل فيما إذا غرز إبرةً – فانضمَّ اللحم والتحم – أنْ نَقْضي بالسقوط .

الثالث : لو خاط الجائفة ، فجاء جانٍ [7] وقطع الخيطَ : فعليه تعزيرٌ . فإن كان بعد الالتحام فأجاف في ذلك الموضع فعليه أرش كامل ، ولو لم يلتحم إلا الظاهر فليس عليه إلا حكومة . فلو أدّى فَتْقُه إلى انفتاق لحم تامٍ حتى يُجِيفَه فعليه أرش كامل .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأذن » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو كانت » .
(٣) في (أ) : « ونفذ إلى الفم فيجب فيه أرشُ متلاحمةٍ » .
(٤) في (أ) : « الوجنة » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « فنفذ » .
(٦) في (أ) : « جراحة » .
(٧) في الأصل : « جاني » .

فإنْ قيل : فما معنى [(١)] الحكومة ؟ قلنا : أنْ يُقَدّر المجني عليه عبدًا فَتُعْرف قيمتُه دون الجناية ، فإذا قيل : عشرة ، فَيُقَوّم مع الجناية ، فإذا قيل : تسعة ، فيقال : التفاوت العشر ، فيوجب بمثل [(٢)] نسبته من الدية ، وهذا بشرط أن لا تزيد حكومة جراح [(٣)] على مقدار الطرف المجروح ، فلا تزاد حكومة [جراحة] [(٤)] الأصبع على دية الأصبع ، ولا تزاد حكومة الكفّ والساعد وعظم العضد على دية الأصابع الخمس .

وهل تزاد حكومة كفٍّ على دية أصبع واحدة ؟ فيه وجهان .

فأما اليد الشلاء فيجوز أن نزيد حكومتها على أصبع ، ولا تزاد على يد صحيحة .

فروع ثلاثة في الحكومة

الأول : إنما تُقَدر الحكومة بعد اندمال الجراحة ، فلو لم يوجد تفاوت [(٥)] - بأن التحم الجرح [(٦)] ولم يَبْقَ شَيْنٌ - ففيه وجهان :

القياس : [(٧)] أن لا يجب شيء إلا تعزير كما في الضرب والصَّفْع [(٧)] .

والثاني : أن الجرح خطير ؛ فَتُقَدّر الجراحةُ داميةً ، وتُقَدر الحكومة في تلك الحالة حتى يظهر التفاوت .

فإن لم يكن مخوفًا ولم يظهر التفاوت اضطررنا إلى إلحاقه بالضرب .

الثاني : إن [(٨)] قطع أصبعًا زائدة - أو سنًّا شاغية [(٩)] ، أو أفسد المنبت من لحية المرأة - وزادت القيمة : فالقياس أنْ لا يجب شيء ، ومنهم من قال : تقدر اللحية في عبد في أوان التزين

---

(١) في (أ) : « ما معنى » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مثل » .

(٣) في (أ) : « جراحة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « تفاوتًا » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « التحمت الجراحة » .

(٧) في (أ) : « أنه لا يجب إلا التعزير كالضرب والصفع » .

(٨) في (أ) : « لو » .

(٩) السن الشاغية : هي التي زادت على الأسنان ، وخالف منبتُها منبتَ غيرها ، ويقال للرجل - إذا كان كذلك -: أشغى ، وللمرأة : شغواء . انظر المصباح المنير (٤٨٤/١) .

باللحية ، (١ ونأخذ تفاوتًا ١) ، ونُوجِبُه بعد نقصان شيء منه ؛ لأنَّ إلحاق المرأة بالعبد ظُلْمٌ ، والإنصاف أن هذا التقدير في أصله ظلم ، فلا ينبغي أنْ يجب به [٢] إلا تعزيرٌ .

ولو قطع ذكر العبد أو أنثييه فزادت قيمته ، فالقياسُ ألا يجب شيء ، وفيه وجه : أنه يجب كمال القيمة ؛ لأن جراح العبد على القول المنصوص من قيمته كجراح الحرّ من ديته .

الثالث : إذا جرح ، فبقي حوالي الجرح شَيْنٌ ، فإن كانت الجراحة مقدرة كالموضحة استتبع [٣] حكومة الشَّيْنْ كما تستتبع المتلاحمة حواليها ، (٤ وإن لم يكن مقدرًا ٤) فالقياس أن لا تستتبع ، بل تجب حكومة الجرح والشَّيْنْ جميعًا ، وظاهرُ النص : أنه يستتبع ؛ لأن الشين تبعٌ للجراحة قائم به فإن كان حكومة الشين أكثر لم يمكن الإتباع فنعتبره في نفسه ، فإن كان مثلًا احتمل وجهين على النصّ .

* * *

---

(١) في (أ) : « فنأخذ منه تفاوتًا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « استتبعت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن لم تكن مقدرة » .

النوع الثاني من الجنايات

القطع المبين للأعضاء

والنظر في ستة عشر عضوًا :

الأول : الأذنان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما النصف ، وفي البعضِ البعضُ بالنسبة ، وفيه وجه : أنّ في الأذنين الحكومة ؛ إذْ لا توقيف .

وليست في معنى اليدين ؛ إذْ ليس يَظْهر فيهما منفعة ، ومَنْ قَدَّر قال : فيهما منفعتان :

إحداهما : جمع الأصوات .

والثانية : دَفْعُ الهوام من الدبيب إلى الصماخ ؛ ولذلك كَثُرت التعريجاتُ حتى يَنْتبه عند الدبيب .

فعلى هذا ، لو استحشفت الأذن [١] بجنايةِ جانٍ [٢] وقَطَعها آخرُ ، فوجهان :

أحدهما : أنّ على القاطع الدية ؛ لبقاءِ منفعةِ جَمْعِ الأصوات ، وعلى مَنْ أبْطَلَ الحسَّ الحكومةُ .

والثاني : أنّ على مُبْطلِ الحس الديةَ ؛ لأنّه أظهرُ المنافعِ ، وعلى القاطع بعده حكومةٌ كقطع [٣] اليد الشلاء .

وأما أذنُ الأصمِّ فتكمل فيه [٤] الدية ؛ لأنّ الخلل في محل السمع [٥] ، لا في صدفة الأذن .

العضو الثاني : العينان . وفيهما كمالُ الدية إذا فُقِئَتا ، وفي إحداهما / النصف ، وفي عين [٦] الأعورِ النصفُ ، وقال مالك (رحمه الله) : الكلّ [٧] . ٢٤٠/أ

---

(١) استحشاف الأذن : هو شللها ، فينعدم فيها الإحساس ، ومثلها شلل اليد . انظر روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) في الأصل : « جاني » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كقاطع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٥) في (أ) : « السماع » .

(٦) في الأصل : « في العين » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر في مذهب مالك (رحمه الله) : الكافي في فقه أهل المدينة ص (٥٩٨) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٥٦/٤) .

ويجب كمال الدية في الأخفش [١] والأعمش [٢] ؛ لأنّ ضَعْفَ البصر كضعف قوة اليد .

العضو الثالث : الأجفان . وفيهما كمال الدية ، وفي الواحد ربع الدية يستوي الأعلى والأسفلُ . فإن قطع البعض وتقلص الباقي لم تجب إلا بقدر المقطوع ، وتقديره [٣] بالنسبة ما أمكن ، ولا عدولَ إلى الحكومة إلا بالضرورة .

وأما الأهداب ، فلو فسد [٤] منابتُها ، ففيها - وفي جميع الشعور - حكومة ، وكمل [٥] أبو حنيفة (رحمة الله) الدية في خمس [٦] من الشعور .

فرع : لو استأصل الأجفان اندرج [٧] حكومةُ الأهداب تحته [٨] على أظهر الوجهين ، وفيه وجه : [أنها] [٩] لا تندرج ؛ [١٠ لأن في الأهداب منفعة ١٠] ؛ فإنها تشتبك فتمنع الغبار ولا تمنع نفوذ البصر ، فلا تندرج تحت غيره [١١] .

الرابع : الأنف . فإن أُوعِبَ مارِنُه [١٢] جدعًا ، ففيه كمال الدية ، والمارن ما لَانَ من الأنف فإن قطع شيئًا من رأس المارن وجب جزءٌ بالنسبة . والأنفُ ثلاثُ طبقات ، ففي كل طبقة - إذا أفْرِد - ثلثُ الدية . وقيل : يجب النصف من كل [١٣] واحد من المنخرين .

وأما الحاجزُ بين المنخرين فهو تابعٌ لا يفرد بثلث من الدية ، وفيه وجه : أنه تنسب الطبقات

(١) الخَفَش : هو صغر في العينين وضَعْف في البصر ، ويقال للذكر : أخفش ، وللأنثى : خفشاء . والخفش علة لازمة لصاحبه ، وصاحبه يبصر بالليل أكثر من النهار ، ويبصر في يوم الغيم دون يوم الصحو . انظر : المصباح المنير للفيومي (٢٧١/١) . روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) الأعمش : من يسيل دمعُه في أكثر الأوقات مع ضعف في البصر . انظر المصباح المنير (٦٥٨/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ونقدره » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أفسد » .

(٥) في (أ) : « وقال » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خمسة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « اندرجت » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « تحتها » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لأن للأهداب منفعة » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « غيرها » .

(١٢) المارن : مالان من الأنف . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٧٨) .

(١٣) في (أ) : « في » .

إلى الجملة وتجب بحساب النسبة ، وذلك أيضًا يقرب [من] [١] الثلث .

وفي أنف الأخشم كمالُ الدية كما في أذن الأصم .

الخامس : الشفتان ، في كل واحدة منهما نصف الدية ، وقال مالك (رحمه الله) : في العليا الثلثان [٢] .

ثم حدّ الشفة في عرض الوجه إلى الشدقين ، وفي طوله إلى محل الارتتاق على وجهٍ ، وإلى الموضع الذي يستر عمود الأسنان على وجه ، وهو أقل من الأول ، وما ينبو عند الانطباق على وجهٍ ، وهو أقل الدرجات ، وبه يُحَد الشفران . وقيل : إنه إذا قُطِعَ من الأعلى ما لا ينطبق على الأسفل فقد استوفى الكلّ فهو الحدّ .

فلو قَطَع جزءًا من الشفة وَجَب بقدر نسبته إلى الكلّ [٣] ، وتقديرُ الكل بأنْ يُقَدّر قوس طرفيه عند الشدقين ومجذبه عند الارتتاق أو ما دونه على أحد الوجوه ، فما يحويه مقعر هذا القوس هو كل الشفة فلينسب إليه .

السادس : اللسان ، وفي لسان الناطق كمالُ الدية ، وفي الأخرس حكومة ، وفي الصبي الذي لم ينطق كمالُ الدية إن ظهرت أمارةُ القدرة بالتحريك والبكاء .

ويجب بقطعه القصاصُ ، وإن قطع كما ولد – ولم تظهر أمارةٌ – فحكومةٌ ؛ إذ لم تُتيقّن القدرةُ ، اتَّفَقَ عليه الأصحابُ ، ولو قيل : الأصلُ السلامةُ ، لم يَبْعُد .

السابع : الأسنان ، وفي كل سنٍّ مما هنالك خمسٌ من الإبل إذا كانت تامة أصليةً مثغورةً غيرَ متقلقلة بالهرم .

احترزنا « بالأصلية » عن السن الشاغية ، وفيها حكومةٌ . ولو قلع سنّه وردَّ إليه سِنًّا من ذهب

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب)

(٢) انظر القوانين الفقهية ص (٣٥٦) فقد ذكر أن في إحدي الشفتين نصف الدية فقط لا كما ذكر الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من الكل » .

فتشبث به اللحم وتهيأ للمضغ فليس في قلعه أرش ، وفيه حكومة - على أحد القولين - لصلاحِه للمضغ .

واحترزنا « بالتامّة » عن قلع [١] البعض ؛ إذْ يجب به بعضُ الأرش بحسب النسبة .

وهل يدخل السِّنْخُ [٢] في حساب النسبة ؟ فيه وجهان يطردان [٣] في أن الدية تكمل في الحشفة وحلمتي الثدي والمارن ، ولا يزيد باستئصال الذكر والثديين وقصبة الأنف ، بل نسبتها [٤] إليه كنسبة الكفّ إلى الأصابع . ولكن إذا قُطع بعضُ الحشفة وبعضُ المارن ، فهل يدخل الباقي في حساب النسبة ؟ فيه وجهان .

وفي هذه المسائل وجه آخر [٥] : أنه إذا استأصل تزيد نسبتها حكومة ، فإذا قلع سنًّا ففي قدر الباقي [٦] البادي ديةٌ ، وفي السنخ حكومةٌ ، وهذا في قصبة المارن أظهرُ منه في السّنّ .

فإن فرعنا على الاندراج [٧] - وهو الصحيح - فهل يندرج [٨] السنخ تحت نصف السّنّ فيما إذا قطع إنسانٌ بعضَ السنِّ ، وجاء آخر وقَطَع الباقي من السنخ ؟ ففيما يجب على الثاني وجهان :

أحدهما : النصف ؛ إدراجًا للسنخ .

والثاني : النصف والحكومة ؛ لأنّ السنخ يندرج تحت الكلّ .

وهو [٩] يلتفت على أن الكف [١٠] ، هل يندرج تحت بعض الأصابع ؟ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٢) السِّنْخُ من كل شيء : أصله ، والجمع أسناخ . وأسناخُ الثنايا : أصولها . انظر المصباح (١ / ٤٤٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مطردان » .

(٤) في (أ) : « بل تُنْسَب » .

(٥) كلمة : (آخر) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) كلمة : (الباقي) ليست في(أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الإدارج » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يدرج » .

(٩) في (أ) : « وهذا » .

(١٠) في (أ) : « الكل » .

واحترزنا « بالمثغورة » عن سنّ الصبي ، فإنها فَضْلة ، (١ فليس في قلعها إلا حكومة عند إبقاء شَيْنٍ ١) كما في حَلْقِ شعره . فإنْ فَسَد المنبتُ وجب القصاصُ أو الأرش . ولو مات قبل ظهور فسادِ المنبت ، ففي وجوب الأرش وجهان لتقابلِ الأصلين ؛ إذ الأصلُ براءةُ الذمة من جانبه ، والأصلُ عدمُ عَوْدِ السّنّ من الجانب الآخر .

وأما المثغور إذا عاد سِنُّه - نادرًا - ففي / استرداد الأرش قولان : ٢٤٠/ب

أحدهما : لا ؛ لأنّ هذا نعمةٌ جديدة عادت (٢) فهي كالموضحة إذا التحمتْ بنباتِ لحمٍ جديد .

والثاني : نعم ؛ لأنّ متعلّق الأرش هاهنا فسادُ المنبت مع القلع وقد بَانَ أنه لم يفسد .

واختار المزني (رحمه الله) أنه لا يُشترد ، واستشهد بأنّ التوقف غَيْرُ واجب في الأرش (٣ كما لو قلع بعض أسنانه فنبت ٣) . ومن أصحابنا مَنْ طرد الخلافَ في اللسان ، ومنهم مَنْ فرقَ ؛ لأنّ ذلك لحم جديد نبت من الغذاء ، (٤ وهاهنا السّنّ نبت ٤) من مادة أصلية لم يصر مستوفيًا بالقلع ، فإنها إن (٥) استوفيت ، فالغذاءُ (٦ لا يستحيل إلى العظم ٦) ابتداءً وإن كان يغذي العظم .

وأمّا التوقف ، فمنهم مَنْ أوجب ، ومنهم من اعتذر بالبناء على الغالب .

واحترزنا « بالتقلقل » عن الشيخ الهِمّ (٧) إذا أشرف (٨) سنُّه على السقوط ، فإن كان الظاهر أنه (٩) لا يسقط ، فلا يؤثر كضعف الأعضاء ، وإن غلب على الظن أنه (١٠ إلى السقوط مائلة ١٠)

---

(١) في (أ) : « فليس في قلعها حكومة إلا عند إبقاء شَيْنٍ » .

(٢) قوله : « عادت » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « كما لو قطع بعض لسانه فنبت » .

(٤) في (أ) : « وها هنا نبتت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) في (أ) : « لا يستحيل عظمًا » .

(٧) في (أ) : « الشيخ الهَرِم » . والهِمّ : بكسر الهاء ، هو الشيخ الفاني . ويقال للأنثى : هِمّة . والهَرِم : هو الشيخ الكبير الضعيف . والجمع هَرْمى . انظر المصباح المنير (٢ / ٩٨٦ ، ٩٩٢) .

(٨) في (أ) : « أشرفت » .

(٩) في (أ) : « أنها » .

(١٠) في (أ) : « إلى السقوط أقرب » .

فقولان :

أحدها : أنه يجب كمالُ الأرش ؛ كما إذا قتل مريضًا مُشْرِفًا على الهلاك .

والثاني : لا ؛ لأن الشرع أسقط أرش السِّنِّ الضعيف بدليل الصّبيّ .

فرع : الأسنان من الخلقة المعتدلة اثنان وثلاثون ، فلو اقتلعها بجناية واحدة ، ففي الواجب قولان :

أحدهما : مائة وستون من الإبل [1] ؛ لقوله ﷺ : « في كل سنٍّ خمسٌ من الإبل » [2] .

والثاني : أنه لا يزيد على مائة من الإبل إذا جُمِعَ الكلُّ ؛ لأنه جنس واحد فيضاهي [3] سائر أجناس الأعضاء .

ثم شَرْطُ هذا القولِ اتحادُ الجاني والجناية ، فلو اقتلع عشرين ، واقتلع غيْرُه الباقي وجب في كل سنٍّ خمسٌ من الإبل ، وكذلك [4] إذا اقتلع هو واحدًا [5] بعد أخرى إذا تخلل الاندمالُ ، وإن كان على التعاقب فطريقان :

منهم مَنْ قال : هو اتحادٌ ، كالضرب الواحد المسْقِط للكلِّ .

ومنهم مَنْ قال : هو تعدد .

الثامن : اللحيان [6] . وفيهما كمالُ الدية ، وفي أحدهما النصف . ولو كان عليهما الأسنان لم تندرج دية الأسنان تحت دية اللحيين على الأظهر ، والثاني : أنه [7] تندرج ؛ لأَنه [8]

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٩ / ٢٨١) .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه (٤/٦٩١) (٣٣) كتاب « الديات » (٢٠) باب « ديات الأعضاء » حديث (٤٥٦٢) بإسناده مرفوعًا « في الأسنان خمسٌ ، خمسٌ » ورواه النسائي (٨/٥٥) كتاب « القسامة » باب « عَقْل الأسنان » . ورواه البيهقي في سننه الكبرى (٨/٨٩) جميعًا من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « فضاهى » .

(٤) في (أ) : « وكذا » .

(٥) في (أ) : « واحدة » .

(٦) وهما العظمان اللذان عليهما منبتُ الأسنان السفلى ، ومُلْتقاهما الذقن . انظر الروضة (٩ / ٢٨٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٨) في (أ) : « لأنها » .

مركب الأسنان ، وكلاهما لغرضٍ واحد كالكف مع الأصابع .

التاسع : اليدان . وفيهما كمالُ الدية إذا قُطِعَتا من الكوعين ، وكذا إن لقط الأصابع فحكومةُ الكَفِّ مندرجةٌ قولًا واحدًا . والساعد والعضد لا يندرج ، بل لهما حكومة .

وفي كل أُصبع عشرٌ من الإبل من غير تفاضُلٍ ، وفي كل أنملة ثلث العشر ، إلا في الإبهام ، فإنها [(١)] أنملتان ، ففى إحداهما نصف الأرش ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ثلث الأرش ، وجعل الأنملة الغائصة محسوبة من الأُصبع .

ولو كان على معصمٍ كفان باطشان ، ففي الأصلية نصفُ الدية ، وفي الزائدة حكومة . فإن كانت إحداهما منحرفةً عن السّاعد أو ناقصةً بأصبع أو ضعيفةَ البطشِ : فهي الزائدة ، وإن كانت المنحرفةُ أقوى بطشًا فهي الأصلية ، والنظر إلى البطش أولى .

والتي عليها أصبع زائدة ، فهل يُحْكم عليها بأنها زائدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم [(٢)]؛ لأن الزائدة على الكمال نقصانٌ .

والثاني : لا ؛ إذ لايبعد وقوعُ ذلك على الأصلية كما خرجت اليدُ الزائدة من الساعد الأصلي .

وإن تساوَيَا من كل وجه ، فمن قطعهما فعليه قصاصٌ وحكومة ، أو ديةُ [يدٍ] [(٣)] وحكومة ، وإن قطع إحداها فلا قصاصَ ؛ لاحتمالِ أنها زائدة ، وتجب نصف دية اليد وزيادة حكومة ؛ لأنه [(٤)] نصفٌ في صورة الكل .

هذا ما قيل ، وجَعْلُه [(٥)] نصفًا – مع الاحتمال لكونها زائدةً – مشكلٌ .

فرع : لو قطع اليد الباطشة [(٦)] وأوجبنا دية [اليد] [(٧)] فاشتدت اليدُ الأخرى بهذا القطع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه » .

(٢) ساقطة من (أ) .

(٣) زائدة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « لأنها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وجَعْلُها » .

(٦) في (أ) : « الزائدة » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

وبطشت بَطْشَ الأصليات : ففي استرداد الأرش المبذول ورَدِّه إلى قدر الحكومة وجهان :

أحدهما : أنه [1] يُسترد ؛ فإنَّ هذه صارتْ أصليةً ، ولا يُتَصَوَّر أصليتان على معصم .

والثاني : لا ؛ لأن هذه نعمةٌ جديدة ، وله التفاتٌ على [2] على عَوْدِ السّنّ .

العاشر : الترقوة والضلع . [3] وفي كسر كل ضلع جَمَلٌ [3] ، وكذا الترقوة ، قاله الشافعي (رضي الله عنه) تقليدًا لعمر (رضوان الله عليه) . وقال في موضع آخر : فيهما حكومة . وقال المزني (رحمه الله) : قولان . ومنهم مَنْ قطع بالحكومة قياسًا ، وحمل مذهب عمر (رضي الله عنه) على حكومة بَلغت عُشْرَ العشر ، وهو جمل . ومنهم من قال : تقدير الحكومة تخمينٌ من القاضي ، فتخمينُ (عمر رضي الله عنه) أولى على الإطلاق بالتقليد .

الحادي عشر : الحلمتان من المرأة مضمونة بكمال ديتها ، وهو ما يلتقمه الصبيُّ ، [4] وهو لا يزيد [4] باستئصال الثدي ، وقيل : تزيد حكومة .

وفي حلمتي الرجلِ قولان ، المنصوصُ : أنّ فيهما حكومة ؛ إذْ ليس لهما [5] منفعةُ دُرُورِ اللبن . وفيه قول مخرّج : أنّ فيهما الدية / كحلمتي العجوز . ٢٤١/أ

الثاني عشر : الذكر والأنثيان ، وفيهما ديتان ، وتكمل الدية في ذكر الخصيّ والعِنّين ، ولا تكمل في ذكر الأشل . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : في ذكر الخصيّ حكومةٌ .

وإذا قطعهما : فإن ابتدأ بالذكر ، فعليه [عنده] [6] ديتان . فإن ابتدأ بالأنثيين ، فعليه عنده حكومةٌ وديةٌ ؛ لأن إخصاءه [7] أوّلا بقطع الأنثيين ، ثم [8] تكمل الدية بقطع الحشفة .

الثالث عشر : الأليتان . وفي قطع ما أَشْرَف منهما على البدن كمالُ الدية وإن لم يقرع العظم ، وفي إحداهما النصف ، ولا يخفى منفعتهما في الركوب والقعود [9].

---

(١) في (أ) : « أنها » .
(٢) في (أ) : « إلى » .
(٣) في (أ) : « وفي كل ضلع جملٌ » .
(٤) في (أ) : « فلا يزيد » .
(٥) في(أ) ، (ب) : « فيهما » .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) في (أ) : « الإخصاء » .
(٨) في (أ) : « فلم » .
(٩) في (أ) : « الصعود » وهو خطأ واضح .

الرابع عشر : الشفران من المرأة فيهما كمالُ الدية ، وهما حرْفَا الفرجِ المنطبقان على المنفذ على نتوء ، فالقدر الباقي هو كمال الشفر .

الخامس عشر : الرِّجْلان ، وهما كاليدين (١) . ورجْلُ الأعرجِ كِرْجِل الصحيح ؛ إذِ الخللُ في الحِقْوِ لا في الرِّجْل .

ورِجْلُ مَنِ امتنع مَشْيُه بكسر الفقار ، قال القفال (٢) : كالصحيح ، وفيه وجه : أنَّ تَعَطُّلَ المشيِ كزواله .

وفي التقاط أصابع الرِّجْل كمالُ الدية مع أنّ أعظم المنافع - وهو أصل المشي - باقٍ .

السادس عشر : الجلد ، ولو سلخ جميع جلده ففيه دية ؛ لأن الجلد أُعِدّ لغرضٍ واحد ، فهو جنس ، وسَلْخُ جميعه قاتلٌ ، ولكن قد يبقى بعده حياةٌ مستقرة فتظهر فائدته إذا حُزَّتْ بعده رقبته .

* * *

---

(١) في الأصل : « كاليدان » .

(٢) قوله : « قال القفال » ساقط من (أ) .

النوع الثالث من الجنايات

ما يُفوِّت اللطائف والمنافع

(1) والنظر في اثنتي عشرة منفعة (1) :

الأولى : العقل : فإذا ضرب رأسه فأزال عَقْلَه ، فعليه كمال الدية . ولو قطع يديه فأزال عقله (2) فَنَصُّ الشافعيّ (رضي الله عنه) يُشير إلى دية واحدة . وهو بعيد ؛ إذْ ليس العقل في اليد . ولو قطع أذنيه فأزال سمعه (3) فديتان ؛ لأن محل السمع غَيْرُ محلِّ القطع فهي أولى (4) ، ولا يمكن أن يُقَال : نُزِّل العقلُ منزلةَ الروح فأُدْرج تحت دية اليد ؛ لأنه إذا قطع يديه ورجليه فزال عقلُه ، فعليه ديتان قولًا واحدًا . ولعل وجهه : أنَّ العقل لا يُضَاف إلى مَحلٍّ من البدن ، فنسبتُه إلى الكلِّ على وتيرة ، فيندرج تحت كلِّ عضوٍ تكمل فيه الدية .

فرعٌ : لو أنكر الجاني زوالَ عقْلِه ونَسَبَه إلى التجانُنِ : راقبناه في خلواته ، فإن لم تنضبط أحوالُهُ أوجبنا الدية ، ولا نُحلِّفه ؛ لأنّا إذا طلبنا منه اليمين أجابنا عن موضع آخر مُتَجَانِنًا كان أو مجنونًا .

الثانية : السمع . وفيه كمالُ الدية ، وفي إبطاله في (5) أحدهما نصفُ الدية ، وفيه وجه : أنّ الواجب حكومة ؛ لأنّ محلَّ السمعِ واحدٌ ، وإنما المشتبه مَنْفَذُه ، وهو ضعيف ؛ إذْ كيفما كان ، فضبطُ النسبة بالمنفذ أولى من ضبطه بغيره (6) .

فلو كذَّبه الجاني غَافَصْناه (7) بصوتٍ مُنْكَر ، فإنِ اضطرب بَانَ كَذِبُه ، وإن ثبت حلَّفناه ؛ إذْ ربما يتماسك تَكلُّفًا . فلو قال الجاني : حلِّفوني ؛ فإن الأصلَ بقاءُ السمع ، قلنا : لو فُتح هذا البابُ

---

(1) في (أ) ، (ب) : « والنظر في خمسة عشر منافع » ، وفي الأصل : « والنظر في اثني عشر منفعة » . وكلاهما غير صواب لغةً .

(2) في (أ) ، (ب) : « فذهب عقله » .

(3) في (أ) : « فزال سَمْعُه » .

(4) في (أ) ، (ب) : « فهذا أولى » .

(5) في (أ) ، (ب) : « من » .

(6) في (أ) : « من ضبطها بغيره » .

(7) غافصت فلانًا : إذا فاجأته وأخذته على غرة منه . ويقال : أخذت الشيء مُغَافصةً أي : مغالبةً . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٩٠) .

لم يَعْجز مَنْ يستجيز الجناية عن الحلف ، وجريانُ الجناية سببٌ مُظْهِر لجانب المجني عليه ، فتصديقُه أولى .

فرعان

الأول : لو قال المجني عليه [1] : نَقص سَمْعي ولم يَزُل ، وجب أرش النقصان وقُدّر بالمسافة ، وطريقُه : أنْ يجلس بجنبه مَنْ هو في مثلِ سِنِّه وصحته ، ويبعد عنهما واحدٌ ويرفع الصوتَ ، فلا [2] يزال يَقْرب إلى أن يقول السليم [3] : سمعتُ ، ثم يُديم ذلك الحدَّ في الصوت ويقرب إلى أنْ يقول المجني عليه : سمعتُ ، فإن سمع على النصف من تلك المسافة ، فقد نَقص نصفُ السمع [4] . فإن قال الجاني : سَمِعَ مِنْ قبل ، حلّفنا المجني عليه .

ولو قال : لستُ أسمع من إحدى أُذنيّ ، فامتحانُه : أنْ تصم الأذنُ الثانية ، ويُصَاح به صيحةٌ منكرة .

الثاني : لوقال أهل الصنعة : لطيفةُ السمع باقيةٌ ، لكن [5] وقع في المنفذ الارتتاق ، ففي كمال الدية وجهان :

أحدهما : أنّ تعطُّلَ المنفعة ، هل هو كزوالها ؟ ، ويجري فيما إذا ذهب سَمْعُ الصبيّ فتعطَّل نطقُه - أو ضُرِبَ صلْبُه فتعطل رجله - ففي تعدد الدية في نظائر ذلك خلافٌ .

الثالثة : البصر . وفي إبطالها [6] مع بقاء الحدقة كمالُ الدية ، يستوي فيه الأخفش والأعمش ومَنْ على حدقته بياضٌ لا يمنع أصلَ البصر ، ثم يُمْتحن عند دعوى العَمى بتقريب حديدةٍ من حدقته مُغافصةً ، وإن ادّعى النقصان [7] امْتُحِنَ كما في السمع .

الرابعة : الشم . وفي إبطاله كمالُ الدية . ويجرب بالروائح المنتنة الحادة . فإن ادّعى

---

(١) قوله : (المجني عليه) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا يزال » .

(٣) في (أ) : « المجني عليه » وهو خطأ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصفُ سَمْعه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وفي إبطاله » .

(٧) كلمة : (النقصان) ساقطة من (أ) .

النقصان ، فامتحانُ ذلك عسيرٌ ؛ فيُكْتَفَى باليمين . وقيل : إن الشم لا تكمل فيه الدية ؛ لأن التأذي به مع كثرة الأنتان أكثرُ من التلذُّذ به مع قلة الطيب . وهذا هوس ؛ إذ هو طليعة كسائر الحواس .

الخامسة : النطق . وفي إبطاله عن اللسان كمال الدية وإن بقي حاسةُ الذوق والإعانةُ على / ٢٤١ / أ المضغ والحروفُ الشفهية والحلقية ؛ لأن الذي بطل جزءٌ مقصود برأسه . فإن [١] ذهب بعضُ الكلام ، فأقربُ معيارٍ فيه الحروفُ ، وهي ثمانية وعشرون متساوية في الاعتبار . وقال الإصطخري : لا تدخل الشفوية والحلقية في التوزيع .

فرعان

الأول : لو كان لا يُحْسِنُ بعضَ الحروف ، فهل يؤثر في نقصان الدية ، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّه يرجع إلى ضعْفِ النطق ، فهو كضعف البطش .

والثاني : نعم ؛ لأنّ البطشَ لا يتقدَّر ، والحروفُ صارتْ مقدرةً للنطق بنوع من التقريب .

فإن قلنا : يُحَطّ [٢] ، فلو كان يَقْدر على الإعراب عن جميع مقاصدِه بتلك الحروف لغزارة فضله ، ففي الحطِّ خلافٌ ، والظاهر : أنه يُحَطّ . أما [٣] إذا كان نقصان الحروف بجناية جانٍ فالحطُّ أولى .

والقول الضابط في الفرق بين النقصان بجنايةٍ أو آفةٍ : أنّ المفوَّت جرمٌ أو منفعة ؟ فكل جرم مقدّر ، فنقصانُ بعضِه مؤثرٌ ، سواءٌ كان بجناية أو آفة كسقوطِ بعضِ السّنّ وبعضِ الأنملة وانشقاق لحم الرأس إلى حد المتلاحمة . ومالا يتقدّر - كفلقة من الأنملة - فسقوطُها لا ينقص ، كانت بآفةٍ سماوية أو جناية - أَبْقَى [٤] شيئًا أو لم تُبْقِ - مهما لم ينقص البطش ؛ لأن الزينة ليست من خاصّية [٥] هذا العضو .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٢) يعني يُحَطّ من ديته بسبب عدم إحسانه لبعض الحروف أصلًا قبل الجناية .

(٣) في (أ) : « وأما » .

(٤) في (أ) : « أبقت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خاصّة » .

وأما نقصانُ المنفعة التي لا تتقدّر : إن كانت بآفة سماوية لم ينقص ، وإن كانت بجناية - وجميعُ جرم العضوِ باقٍ - فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يعتبر ؛ كالآفة .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الآفات لا تنضبط ، والجناية تنضبط كما في القروح والجراحات .

والثالث : أنّ الآخر إنْ قطع العضو لم يعتبر النقصان في حقه ، وإن أبطل بقية البطش حَطّ عنه ما وجب على الأول ؛ لأنهما جنايتان متناسبتان من وجه واحد . وإنما يظهر الخلاف في نقصان الحروف ؛ لأنها كالمقدرة للنطق .

الفرع الثاني : لو قَطع بعض لسانه فأبطل كلَّ كلامِه ، فعليه الدية . ولو أبطل بعضَ كلامه وتساوتْ نسبةُ الجرم والحروف - بأنْ قطع نصف الجرم ، وزال [١] نصف الكلام - فعليه نصف الدية ، وإنْ تفاوتت [٢] النسبةُ فنأخذ بأكثر الشهادتين ؛ لأنّ كلَّ واحد من الحروف والجرمِ مبيّنٌ مقدارَ الزائل من القوة النطقية [٣] التي لا يتقدر تحقيقها بنوع من التقريب ؛ فنأخذ أكثر [٤] الشهادتين.

فإن قطع ربع اللسان فزال [٥] نصفُ الحروف : فعليه النصف .

وإن قطع نصف اللسان فزال ربع الحروف : فعليه النصف . وقال أبو إسحاق : النظر إلى الجرم . ولكن إذا قطع ربع اللسان فزال نصف الكلام ، فكأنه أشَلَّ ربعًا من الباقي ، فتظهر فائدة العبارتين فيمن اقتلع الباقي فإنه لو قطع ربع لسانه وذهب نصف كلامه فاستأصل غيرُه باقي اللسان : فعليه ثلاثةُ أرباع الدية ؛ نظرًا إلى الأكثر عند الأصحاب ، وعند أبي إسحاق : عليه نصف الدية وحكومةُ ربعٍ أَشَلّ .

[٦] ولو قطع ربع اللسان فأذهب [٦] ربع الكلام فأوجبنا النصف ، فجاء الثاني واستأصل :

---

(١) في (أ) : « فزال » .
(٢) في (أ) : « تفاوت » .
(٣) في الأصل : « والنطقية » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « بأكثر » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وزال » .
(٦) في (أ) : « ولو قطع نصف اللسان فذهب » .

وجب عليه ثلاثة أرباع الدية ؛ نظرًا إلى الأكثر ، وعند [الشيخ] [1] أبي اسحاق (رحمه الله) : نصف الدية ؛ نظرًا إلى الجرم .

وأما إذا قطع فلقة [2] من لَسانه ، ولم يُذْهِب شيئًا [3] من الكلام : فلا شيء ؛ لأن القوة إذا نقصت رجعنا إلى الشهادتين ورجحنا ، وإذا لم ينقص فليس إلا حكومةٌ كلسانِ الأخرس .

المنفعة السادسة : الصوت . وفي إبطاله كلُّ الدية ، وإن بطل [4] معه حركةُ اللسانِ فديتان . وفيه وجه : أنّ الواجبَ ديةٌ واحدة ؛ لأنّ مقصودَ الصوتِ النطقُ .

وإن قلنا : ديتان ، فلو كان [5] حركة اللسان ناقصةً ، فقد تعطل النطقُ ولم يَزُلْ : ففيه الخلاف السابق .

السابعة : الذوق . وفيه كمال الدية ؛ لأنه أحدُ الحواس الخمسة ، ويُجرَّب عند النزاع بالأشياء المرة المقرة .

الثامنة : منفعة المضغ . وفيها كمالُ الدية ، وفواتُها بأنْ يتصلب مغرس اللحيين فلا يتحرك بانخفاضٍ وارتفاعٍ ولا يحيا صاحبُه إلا بالحسوة والإيجار [6] .

فرع : لو جنى على سنّه فاسوَدَّ ولم يمكن المضغ به : وجب كمال الأرش ، فإن لم يكن إلا مجرد السواد ففيه حكومة ؛ لأنه إزالةُ جمالٍ محض .

التاسعة : قوة الإمناء والإحبال به . فإذا أبطل [7] بجنايةٍ على صلبه ، وجب كمالُ الدية . ولو جنى على ثَدْي امرأةٍ وأبطل [8] منفعة الإرضاع ، قال القاضي (رحمه الله) : فيه حكومة ؛ لأن منفعَة الإرضاع تَطْرأ وتزول ، بخلاف قوة منفعة المني / فإنها ثابتة [قال الإمام : ٢٤٢ أ

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « قطعة » .
(٣) في (أ) : « ولم يذهب شيء » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أبطل »
(٥) في (أ) : « فلو كانت » .
(٦) الإيجار : هو صَبّ السوائل في الحلق . انظر المصباح المنير (٢ / ١٠٠٤) .
(٧) في (أ) : « بطل » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « فأبطل » .

ويحتمل خلافه ؛ لأنه مقصود في نفسه وإن كان يطرأ] [1] .

العاشرة : منفعة المشْي والبطش . وفيهما كمال الدية . ولو ضرب صلبه فبطل مَشْيُه وجب كمالُ الدية . ولو قطع رجْلَه ففي كمال الدية فيه خلافٌ ؛ لأنها صحيحةٌ في نفسها (٢ وأنها تعطل ٢) بجناية على غيرها . ولو ضرب صلبه فبطل مَشْيُه ومنيُّه ، ففي الاندراج خلافٌ من حيث إنّ الصلب محلُّ المني ومبدأ الحركة للمشي ، فاقتضي اتحادًا بينهما من وجه .

الحادية عشرة : إذا بطل [3] شهوةُ الجماع من غير شلل في الذكر ولا انقطاع في المني : لم يبعد تكميل الدية ؛ لانقطاعِ إحساسِه باللذة ، (٤ وكذا إذا بطل ٤) شهوةُ الطعام (٥ إن أمكن ، وكذا لو ضرب عُنُقَه فارتَتَقَ منفذُ الطعام ٥) وجب كمال الدية ، إذْ تبقى حياة مستقرة ، فإذا حَزّ غيرُه رقبته كملت الدية على الأول .

الثانية عشرة : (٦ إذا أفضى ثيبًا كان أو بكرًا : عليه ديتها ٦) ، ومعنى هذا أن يتَّحِدَ مسلكُ الجماع والغائط أو مسلكُ الجماع والبولِ ، ولا يندرج المهر تحتها لاختلافِ مأخذِهما .

ويجب على الزاني والزوج [7] ؛ لأنّ الزوج لا يستحق إلا وطأً لا يُوجِب الإفضاءَ . فإن كان لا يحتمل إلا بالإفضاء – لضيقِ المنفذ ، أو كِبَرِ الآلة – لم يستحق الوطء ، ونُزّل الضيقُ من جانبها منزلةَ الرَّتَق إن خالف العادة ، والكِبَرُ من جانبه يُنزّل [8] منزلةَ الجَبّ في إثبات الفسخ .

ولو انتزع بكرًا على كُرهٍ لزمه مَهْرُ المثلِ وأرشُ البكارة ، وقيل : إذا أوجبنا مَهْرَ مثلِ بكرٍ ، فقد قضينا حَقَّ البكارة .

والإفضاءُ بالخشبة والأصبع موجبٌ للدية . ولو أزال الزوجُ بكارةَ زوجتِهِ بالأصبع لم يجب [9] أرش البكارة ؛ لأنه مُسْتحقّ ، وقيل : يجب ؛ لعدولِهِ عن طريق الاستحقاق .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإنما تعطلت » .

(٣) في (أ) : « إذا بطلت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك إذا بطلت » .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٦) في (أ) : « إذا أفضى بنتًا كان عليه ديتها » .

(٧) يعني يجب على الزاني والزوج دية الإفضاء .

(٨) قوله : (ينزل) ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « لا يجب » .

هذا حكم الأطراف إذا أُفْرِدت أو جُمعت من غير سراية ، فَيُتَصَوَّر أن يجب في شخص واحد قريبٌ من عشرين دية ، ولو مات بالسراية عاد إلى دية واحدة . ولو حزّ الجاني رقبته ، فالنصُّ : أنه يتداخل . وخرّج ابن سريج أنه لايتداخل كما لو تعدد الجانيَ .

فإن [1] اختلف حكم الجناية ، بأنْ قَطع خطأ وحزّ عمدًا - أو على العكس - فقولان منصوصان ؛ لأن تغاير الوصف يُضَاهي تغايُرَ الجاني .

فإن قلنا بالتداخل : فإنْ قطع يدًا خطأ وقتل عمدًا ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : [إنه] [2] تجب دية واحدة ، نصفُها على الجاني مغلظةً ، ونصفُها على العاقلة مُخَفّفة ، وكأنه جعل الحزَّ كجناية أخرى تَمَّمَتْ سرايةَ الأولى . ومن الأصحاب مَنْ خالف النصّ وقال : تجب دية مُغَلَّظة ؛ إذْ حزُّ الرقبة يُبطل أَثَرَ ما سبق .

هذا حكم أطراف الحر الذكر . أما الرقيق فنصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنّ جراح العبد من قيمته كجراح الحرِّ من ديته استحسانًا ؛ لقولِ سعيد بن المسيب (رضي الله عنه) . وخرّج ابن سريج قولًا : أنّ الواجب قَدْرُ النقصان كما أن الواجب في الجملة قدر القيمة ، وكما نصّ على قول في أنه لا تُضْرب على العاقلة بدله ، ولا تجري القسامةُ فيه إلحاقًا له بالبهائم .

فإن قُطِع بإلحاقة بالحرِّ في القصاص والكفارة ، فلو قطع ذكره وأنثييه فزادت قيمتُه فيجب - على النصِّ - قيمتان ، وعلى التخريج : لايجب شيء كما في البهيمة .

وأما المرأة ، فَتُرْعَى [3] نسبةُ أطرافها إلى ديتها ، وفيها قول قديم [4] : أنها تُعَاقل الرجل إلى ثلث ديته - أي تساويها [5] - فإن جاوزت الثلث رُدَّ [6] إلى قياسِ ديتها ، [7] ففي ثلث أصابعها [7] ثلاثون من الإبل . وفي أربع ، لو أوجبنا أربعين لجاوزنا ثلث الدية ؛ فنرجع إلى نسبة ديتها فَنُوجِب عشرين ، وهو بعيدٌ مرجوعٌ عنه .

* * *

(١) في (أ) : « فلو » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب)
(٣) في (أ) : « فتراعى » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « مخرج »
(٥) في (أ) رأي تساويه »
(٦) في (أ) ، (ب) : « رُدّت »
(٧) في (أ) : « ففي ثلاث من أصابعها » .

القسم الثاني من الكتاب

في بيان الموجب من الأسباب والمباشرات

والنظر في أربعة أطراف :

الأول : في تمييز السبب عما ليس بسبب . وكلُّ ما يحصل الهلاكُ معه ، فإما أن يحصل به : فيكون علةً كالتردية في البئر ، أو يحصل عنده بعلة [1] أخرى ولكن لولاه لم تؤثر العلة - كحفر البئر مع التردية - فهو سبب . وإما أن يحصل معه وفاقًا ولا تقف العلة على وجوده : فلا عبرة به ، كما إذا كَلَّم غيره أو صَفَعه صفعةً خفيفة فمات فهذا لا يُجْعل سببًا ، بل هو موافقةُ قَدَرٍ .

والاحتمال يظهر في ثلاث صور :

الأولى : إذا صاح على صغير - وهو على طرف سطح - فارتعد وسقط ومات : وجب الضمان ؛ لأنه سببٌ ظاهر ، وفي القصاص قولان مرتبان على ما لو حفر بئرًا [2] في داره ودعا [2] إليه غَيْرَه ، وهذا أولى بالإيجاب ؛ لأن الإفضاء إلى الهلاك هاهنا أغلب .

ولو تَغَفَّل [3] بالغًا بصوت مُنكر فسقط من السطح ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُحْمل [4] على موافقة القَدَر ؛ لأن الرعدة لها / أسباب ، والكبير لا يَسْقط بالصياح غالبًا [5]. ٢٤٢/ب

والثاني : يجب الضمان ؛ لأنّ هذا ممكن والسببُ ظاهرٌ ؛ فَيُحَال عليه [6] .

والثالث : إنْ جاءه مِنْ ورائه وَجَب ، وإن واجهه فلا .

والصحيح : أنه إنْ ظهر أنه سقط به وجب ، وإن شك فيه احتمل أن يقال [7] : الأصلُ براءةُ

---

(١) في (أ) : « لعلة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في دار ثم دعا » .

(٣) أي أخذه على غفلة .

(٤) في الأصل : « أنه يحتمل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح لدى الشافعية . انظر : الروضة (٩ / ٣١٣) . مغني المحتاج (٤ / ٨٠) .

(٦) وهذا الوجه هو الذي تميل إليه النفس .

(٧) في الأصل : « قال » .

الذمة ، واحتمل أن يقال : الأصل حَمْلُه على السبب المقارن [به] (١) .

الثانية : لو صاح على صبي موضوع على الأرض فمات ، أو على بالغ فزال عَقْلُه ، ففيه وجهان ، منشؤهما : التردد في الإحالة عليه (٢) .

الثالثة : التهديد والتخويف إذا أفضى إلى سقوط الجنين وجب الضمان ؛ إذْ وقوع ذلك غالب (٣) ؛ وقع لعمر (رضي الله عنه) فشاور الصحابة (رضي الله عنهم) فقال عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) : « إنك (٤) مؤدِّبٌ فلاشيء عليك » . وقال علي (رضي الله عنه) : « إن لم يَجْتهد فقد غَشَّكَ ، وإن اجتهد فقد أخطأ، أرى عليك الدية » .

الطرف الثاني : في اجتماع العلة والشرط ، كالحفر والتردِّي ، ومهما كانت العلة عدوانًا انقطعت الحوالة عن الشرط ، فالضمانُ على المرْدِي لا على الحافر . وإن لم يكن عدوانًا بأن تخطى الإنسان فتردَّى جاهلًا : نُظر إلى الحفر ، فإن لم يكن عدوانًا (٥ أُهدر الضمان ٥) ، وإن كان عدوانًا أُحِيل الهلاكُ عليه .

وإن تَزَلَّق رجلُه بقشرِ بطيخٍ – أو بماءٍ مرشوشٍ – فهذه الأسباب كحفر البئر .

فروع

الأول : إذا وضع صبيًّا في مَسْبَعة فافترسه سَبُع ، فإن قدر على الانتقال (٦)فلا ضمان (٧ كما لو فُصِدَ بغير إذنه ٧) فتركه حتى نزف الدم ، وإن كان عاجزًا فوجهان :

أحدهما : الحوالة على السبع ؛ لأنه مختار ولم يَسْبق منه إلا وَضْع يد ، والصبيُّ الحرّ لا يُضْمن باليد (٨) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في الحوالة عليه » .

(٣) في (أ) : « غالبا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إنه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا ضمان » .

(٦) في (أ) : « الانفصال » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « كما لو فصده بغير إذن » .

(٨) وهذا هو الأصح عند الشافعية كما في الروضة (٩ / ٣١٥) ، ومغني المحتاج (٤ / ٨١) . وهذا شيء عجيب ، والذي تقبله النفس هو أن يُحَال على الواضع لا على السبع ، كما رجحه الغزالي (رحمة الله عليه) .

والأصح : أنه يُحَال عليه ؛ لأن هذا يُعَدّ في العرف إهلاكًا .

الثاني : إذا اتبع إنسانًا بسيفه فولّى هاربًا ، فألقى نفسَه في نار - أو ماء ، أو بئر ، أو مسبعة [(١)] وافترسه سَبُعٌ - فلا ضمان على المتّبِع ؛ لأنه مختار في هذه الأفعال ، وغايتُه أنْ يكون مكرها .

ولو قال : اقْتُلْ نفسَك وإلا قتلتُك ، فَقَتَل نفسه : لم يَضْمن المُكْرِه ؛ [(٢)] إذ لا معنى للخلاص عن الإهلاك أصلًا [(٢)] .

أما إذا تردّى في بئر جاهلًا لكونه أعمى ، أو لظلام الليل ، أو لكون البئر مُغَطَّاةً [(٣)] : فالضمانُ على المتبع ؛ لأن هذا الإلجاء أقوى من مجرد الحفر .

ولو ألقى نفسه على سطح ، فانْخَسَف به فيحال [الضمان] [(٤)] عليه لا لاختيارِه ، إلا إذا كان انخسافُه لضعفِه وهو لا يدري فهو كالبئر المغطاة .

الثالث : إذا سلَّم صبيًّا إلى سابح [(٥)] فغرق ، وجب الضمان على أستاذه ؛ لأنه لا يَغْرق إلا بتقصير [(٦)]، بأنْ يُهْمله في غير محلّه .

فلو قال له : ادخل الماء ، فدخل مختارًا ، فيحتمل أن يقال : لا ضمان [(٧)] ؛ [(٨)] لأنه لا يُضْمن الحر باليد [(٨)] ، والصبيّ مختارٌ ، ولكن قال العراقيون : يجب ؛ لأنه ملتزم للحفظ ، وأما البالغ فلا يضمن [(٩)] في هذه الصورة .

وإن خاض معه اعتمادًا على يده فأهمله : احتمل إيجاب الضمان ، وقال العراقيون : لا يجب ؛ لأنه مُقَصر في الاغترار بقوله .

---

(١) في (أ) : « أو في مسبع » .

(٢) في (أ) : « إذ لا معنى للخلاص عن الهلاك بالإهلاك أصلًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُغَطًّى » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « سباح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلا بتقصيره » .

(٧) في الأصل : « فلا ضمان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « لأن الحرّ لا يضمن باليد » .

(٩) في الأصل : « لا يضمن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فإن قيل : إذا كان حفر البئر سببًا عند العدوان ، فبماذا يكون العدوان عداونًا ؟ . قلنا : نذكر محلَّ العدوان من البئر ، وإيقاد النار ، وإشراع الجناح ، وإلقاء قشر البطيخ ، وقمامة السوق [1] ، ورش الماء ؛ حتى يُعْرف به ما عداه .

أما البئر ، فلا عهدة فيه على مَنْ حفره [2] في ملكه أو في موات ، فإن كان في ملك الغير فهو عدوان ، وإن كان في الشوارع نظر ؛ فإنْ أَضَرَّ بالطارقين فهو عدوان ، وإن لم يضر : فإنْ فعلَه لمصلحة الطريق وبإذن الوالي وأحكم رأسَه [3] فلا ضمان على الحافر ، وإن كان بغير إذن [الوالي] [4] فقولان ، ووجه الإيجاب أن الاستقلال للآحاد إنما يُبَاح بشرطِ سلامة العاقبة ، فإن فعل لمصلحة نفسه فله ذلك ولكن بشرط سلامة العاقبة .

وكذلك إشراع القوابيل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين ، ولكنه بشرط سلامة العاقبة ، فهو في عهدته دوامًا وابتداءً . وليس هذا كما لو حفر بئرًا في داره (٥ فنسقط جدارُ دارِ جارِه ٥) فلا ضمان ؛ لأن تَصَرُّفه في نفس الملك لو قُيِّدَ بشرط السلامة لأَوْرَثَ حرجًا على الناس فَقُيِّد بالعادة وأُسقط عهدته [6] .

وأما الارتفاق بالأجنحة فمستغنًى عنها ، ومهما حفر بئرًا في أرض جوارة ولم يحكم أطرافها بالخشب أو وَسَّعَ رأسها بحيث خرج عن العادة : فهو مُطَالَب بعهدته . وكذلك لو أوقد نارًا على السطح في يوم رِيحٍ كان في عهدة الشرار ، وإن كان على العادة فعصفتْ ريحٌ بغتةً فلا ضمان .

---

(١) في(أ) : « وقمامة البيوت » .

(٢) في الأصل « حفر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وأَعْلَمَ رأسَه » يعني جعل على رأسه علامةً .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « فسقط جدار جاره » .

(٦)في (أ) : « وسقط عهدته » .

فرعان

أحدهما [(١)] / : لو حفر بئرًا في ملكه ودعا إليه إنسانًا [في ظلمة] [(٢)] فسقط فيه : فإن لم ٢٤٣/أ يكن عنه مَعْدِل ففي الضمان قولان ، فإن اتسع الطرق [(٣)] فقولان مرتبان ، منشؤهما : تَعَارُضُ الغرور والمباشرة . وكذا [(٤)] الخلاف في تقديم طعام مسموم [(٥)] أو أطعمة فيها طعام مسموم .

الثاني : إذا سقط ميزابٌ لإنسانٍ على رأس إنسان : فإن كان الساقط هو القدر البارز فهو كالجناح ، وإن سقط الكلُّ ففي وجوب الضمان وجهان ، [(٦)] وجه الإسقاط : كونُه من مرافق الملك ، لا كالجناح [(٦)] . فإن قلنا : يجب ، فيقسط [(٧)] الضمان على القدر البارز والقدرِ الداخل في الملك تنصيفًا على أحد الوجهين ، [(٨)] وتقسيطًا في الوجه الثاني [(٨)] على الوزن ، بخلاف ما لو ضَرَبَا بعمودين متفاوتين في الثقل فإنهما يتساويان في الدية ؛ لأن ذلك يختلف بقوة الضارب ولا ينضبط [(٩)] .

والجدار المائل إلى الشارع كالقابول [(١٠)] : فإنْ مال إلى ملكه وسقط فلا ضمان ، وإن مال إلى الشارع وسقط من غير إمكان تدارك [(١١)] فلا ضمان ، فإن مال أولًا وأمكنه [(١٢)] التدارك ولم يفعل فوجهان ؛ لتعارضِ النظر إلى أصل البناء ، وما طرأ من بعد [(١٣)] .

فأما قشور البطيخ وقمامات البيوت ، ففي المنع من إلقائها على [(١٤)] الشوارع عُسْر ؛ لأنها

---

(١) في (أ) : « الأول » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « الطريق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

(٥) كلمة « مسموم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « وجه الإسقاط أنه من مرافق الملك بخلاف الجناح » .

(٧) في الأصل : « فيسقط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ويقسطان في الوجه الآخر » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « فلا ينضبط » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « كالقابيل » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « التدارك » .

(١٢) في (أ) : « فأمكنه » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « بعده » .

(١٤) في (أ) ، (ب) : « في » .

من مرافق الملك ، وتُشْبِه الميزاب ، ففي ضمان المتعثر بها ثلاثةُ أوجه ، يُفرَّق في الثالث (١ بين إلقاء إلى وسط الطريق ١) وبين الرّدّ إلى الطرف .

وأما رش الماء : فإن كان [لتسكين الغبار فهو] (٢) لمصلحة عامة فيضاهي حَفْرَ البئر لمصلحتهم ، فإن لم تكن مصلحةٌ (٣) فهو سببُ ضمانٍ في حق الماشي إذا لم يَرَ موضعَ الرشّ ، فإن تخطاه (٤) قصدًا فلا ضمان .

الطرف الثالث : في ترجيح سبب على سبب ، فإذا اجتمع سببان مختلفان قُدّم الأول على الثاني . فلو حفر بئرًا ونصب آخرُ (٥) حجرًا على طرف البئر ، (٦ أو وضع قشرة بطيخ على طرفه فتعثر به إنسان ٦) وسقط في البئر : فالضمان على صاحب الحجر (٧) ؛ لأنّ التردي نتيجتُه فهي العلة الأولى . وكذا لو جرف السيلُ حجرًا وتركَه على طرف البئر : سقط الضمان عن الحافر ، كما لو وضعه آخرُ .

وكذلك لو نصب سكينًا ، ونصب آخرُ أمامه حجرًا ، فتعثر بالحجر ووقع على السكين . وكذا لو حفر بئرًا ، ونصب آخرُ في قعر البئر سكينًا ، ونصب آخر أمامه حجرًا : فالضمان على الحافر .

ولو حفر بئرًا قريبَ العمق ، فعمقَها غيرُه وهَلَكَ المتردي فيها ، فوجهان (٨).

أحدهما : الإحالة على الأول .

والثاني : أنهما يَشْتركان ؛ لتناسُبِ الجنايتين .

فروع

الأول : لو وضع حجرًا في الطريق فتعثَّر به مَنْ لا يراه : ضمن . ولو قعد على الطريق فتعثَّر به

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بين الإلقاء إلى متن الطريق » .

(٢) زيادة في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لمصلحة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإن تخطّى » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الآخر » .

(٦) في (أ) : « أو وضع قشر بطيخ على طرف فتعثر بها إنسان » .

(٧) في (أ) : « على ناصب الحجر » .

(٨) في الأصل : « وجهان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

غيرُه وهَلَكَا ، فالنصُّ : أنّ ضمانَ القاعد مهدرٌ ، وضمانَ الماشي على عاقلة القاعد . ولو تعثر ماشٍ بواقف وماتا [1] ، فالهلاك مضافٌ إلى الماشي بالنص . وقيل : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج :

أحدهما : أن الإحالة [2] على الماشي في المسألتين ؛ لأنه المتحرك .

والثاني : على الساكن ؛ لأنّ الطريق للمَشْيِ لا للسكونِ .

ومَنْ قرَّرَ النصَّ فرق بأنّ الماشي قد يفتقر إلى الوقوف لحظةً ، فأما القعود [3] فليس من مرافق الطريق .

الثاني : إذا تردّى في بئر في محلّ عدوان ، فتردَّى وراءه آخر فسقط عليه [4] وماتا ، فالأول مات بسببين : الحفرة وثقل الثاني ، ولكنْ يَسْتقر أيضًا ضمانه [5] على الحافر ؛ لأنّ وقوع الثاني كان من الحفر أيضًا ، إلا أن لورثةِ الأولِ مطالبةَ عاقلة الثاني بنصف الدية ، ثم يرجع على عاقلة الحافر ، ويحتمل أن يقال : الثاني كالمكره فلا يتعلّق بعاقلته شيء ، وهذا يُضَاهي المتردد [6] في أنّ المكْرَهَ على إتلاف المال ، هل يُطَالَب ثم يَرْجِع ، أم لا يُطَالب أصلًا ؟ .

الثالث : لو انزلق [7] على طرف البئر ، فتعلّق بآخر وجَذَبه ، وتعلق ذلك الآخر بثالث وجذبه ، ووقع بعضُهم على بعض : فالأول مات بثلاثة أسباب : بصدمة البئر ، وثِقَل الثاني ، وثِقَل الثالث ، وهو منتسب من جملتها إلى واحد ، [8] وهو ثقل الثاني بجذْبِهِ إياه فهدر ثلث الدية ، وثلثها على الحافر ، وثلثها على الثاني لجذبه الثالث [8] .

[9] وأما الثاني فهلك بجذبه الأول [9] وثقلِ الثالث ، فنصفُ ديته على الأول ؛ لأنه جذبه [10] ،

---

(١) في (أ) : « فماتا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أن الحوالة » .

(٣) في (أ) : « وأما السكون » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وسقط عليه » .

(٥) في (أ) : « الضمان » .

(٦) في الأصل : « المتردد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لو تزلق » .

(٨) في (أ) : « وهو ثقل الثاني بجذبه إياه جَذَب الثاني ، فيهدر ثلث الدية ويبقي الثلثان ، أحدهما على الحافر ، والآخر على الثاني لجذبه الثالث » .

(٩) في (أ) : « وأما الثاني فهلك بجذب الأول » .

(١٠) قال الحموي : « قوله فيه : (لو تزلّق على حرف البئر إنسان فتعلق بآخر وجَذَبَه ، وتعلق ذلك الآخرُ بثالث ووقع بعضُهم على بعض ، فالأول مات بثلاثة أسباب : بصدم البئر ، وثقل الثاني ، وثقل الثالث . وهو متسبب من =

ونصفُه مهدرٌ ؛ لأن الثالث سقط بجذبه .

وأما الثالث فكلُّ ديته على الثاني .

فلو زاد رابع ، فيجتمع لهلاك الأولِ أربعة أسبابٍ ، فالمهدرُ ربعُ الدية ، ولا يخفى طريقه . هذا مذهب علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه) واختيارُ الجمهور . وفيه وجوه أُخر مُزَيَّفَة ذكرناها في « البسيط » [(١)] .

الطرف الرابع : في الأسباب المتشابهة التي تثبت بها شركة [(٢)] من غير ترجيح ولها صور :

الأولى : / إذا اصطدم حُرَّان في المشي وماتا ، فكلٌّ واحد شريك في قتل نفسه وقَتْلِ ٢٤٣/ب صاحبه ، ففي تَرِكة كلٍّ واحدٍ منهما كفارتان ؛ لأن الشريك في قتل نفسين يلتزم [(٣)] كفارتين ؛ لأنها لا تتجزأ ، وفي تركة كل واحد نصفُ دية صاحبه إن كان التصادم عمدًا [(٤)] ، وإلا فعلى [(٥)]

= جملتها إلى واحد وهو ثقل الثاني بجذبه إياه فتُهْدر ثلثُ الدية ، وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني [لجذبه الثالث . وأما الثاني فهلك] بجذبه الأول ، وثقل الثالث فنصف ديته على الأول ؛ لأنه جذبه ... هكذا إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه جعل الديةَ واجبةً عليهم وليس الأمرُ كذلك ، بل الوجوب على العاقلة كما لا يخفى . الثاني : أنه أطلق ولم يفصل بين أن يكون الحافرُ متعديًا أو غير مُتَعَدٍ ، فإن كان الأول وجب الضمانُ فيما إذا كان متعديًا وكان البئرُ مما لا يبقى الواقعُ فيها سليمًا ، وإن كان على العكس من ذلك لم يجب الضمان .

قلت : أما الجواب عن الأول : فمبنيٌّ على أن الدية هل تجب أولًا على الجاني ثم تتلقاه العاقلة [أم تجب أولًا على العاقلة] دون الجاني ؟ وفيه خلاف مشهور ، فأن قلنا بالأول ولم تكن عاقلةٌ ولا بيت مال عاد الوجوبُ إلى الجاني ، وإن قلنا بالثاني لم يعد . واختار الشيخ أن الوجوب أولًا يلاقي الجاني ، ولهذا تعود الدية إليه عند عدم العاقلة وبيت المال ، وبه خرج الجواب .

وأما الجواب عن الثاني فظاهر ، فإن ذلك مفروض فيما إذا كان الواقع فيها لا يبقى سليمًا ، وكان الحافر متعديًا .

قلت : ولا يبعد أن يكون ذلك على الإطلاق ، فإنه قد نقل أنه إذا حفر بئرًا في طريق واسعةٍ بإذن الإمام ، ووقع فيها إنسان فإنه يكون من ضمانه وإن أذِنَ له السلطان على خلاف مشهور ، وإذا كان كذلك احتمل أن يكون اختار وجوب الضمان كما لا يخفى . وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٧ / ب ، ١٦٨ / أ) .

(١) وكتابه « البسيط » هو أصل « الوسيط » والوسيطُ اختصار له . انظر القسم الدراسي .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشركة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ملتزم » .

(٤) في (أ) : « تعمدًا » .

(٥) في الأصل : « وإلا على » والمثبت من (أ) ، (ب) .

العاقلة . فإن كانا راكبين ففي تركه كل واحد نصفُ قيمة دابة [1] صاحبه . فأما حكم نَفْسَيهما [2] فكما سبق .

وإن غلبت الدابةُ راكبها فاصطدما [قهرًا] [3] فقولان :

أحدهما : أن هلاك النفس والدابة مُهْدرٌ ؛ لحصوله بفعلِ الدابة .

والثاني : أنه منسوبٌ إلى اختيارهما في الركوب وهما مخطئان .

فإنْ كانا صَبيينْ رَكبا بأنفسهما [4] فكالبالغينْ [4] إلا إذا قلنا : لا عَمْدَ للصبيّ ، فيخالف البالغ فيه . فإن أركبهما أجنبيٌّ واحد متعديًا ، فعليه كفارتان وقيمةُ الدابتين ، وعلى عاقلته ديةُ النفسَينِ . وإن أركبهما أجنبيان ، فنصفُ الهلاك في الكل مضافٌ إلى كل واحد منهما .

فإن أركبه الوليُّ عند مسيس الحاجة من غير تفريط ، فهو كما [لو] [5] ركب الصبيُّ بنفسه ولا عهدةَ على الولي . وإن لم تكن حاجةٌ ولكن أَرْكَبه لغرض التفرج والزينة – حيث يَغْلب الأمنُ – ففي إحالة الضمان على الولي وجهان ، ووجه الحوالة [6] : أنّ مثل ذلك يجوز بشرط سلامة العاقبة .

ولو تعدّى المُرْكِبُ وتعدى الصبيُّ [7] ، فقد قيل : [8] الإحالةُ على المُرْكِب ، ويحتمل الإحالة على الصبيّ إذا قلنا : له عَمْدٌ [8] إذِ المباشرة أولى من السبب ، لكن [9] لما لم تكن مباشرتُه عدوانا – لِصِبَاه – أمكن أن يجعل [10] كالمتردي مع الحفر [10] .

فإن كانا عبدين فهما مُهْدران . وإن كان أحدهما عبدًا فنصفُ قيمة العبد في تركة الحر ، أو على عاقلته على قول . ونصف دية الحر تتعلَّق بتلك القيمة ؛ لأنه كان يتعلق برقبته لو بقي ؛ فيتعلَّق بقيمته .

وإن كانتا حاملين ، ففي تركة كل واحدة أربع كفارات ؛ بناءً على أن قاتل نفسِه تلزمه

---

(1) في الأصل : « دية » وهو خطأ والمثبت من (أ) ، (ب) .

(2) في (أ) : « نفْسهما » .

(3) زيادة من (أ) ، (ب) .

(4) في (أ) : « فهما كالبالغين » .

(5) زيادة من (أ) ، (ب) .

(6) في (أ) : « ووجه الإحالة » .

(7) في (أ) : « وتعمد الصبي » .

(8) في (أ) : « الحوالة على المركب ، وقيل : الحوالة على الصبي إذا قلنا : إنه عمد » .

(9) في (أ) : « ولكن » .

(10) في (أ) : « كالمردي مع الحافر » .

الكفارةُ ، وأن الشريك تلزمه كفارةٌ كاملة ، وأن الجنين فيه كفارة ، وفي تركة كل واحدة : نصفُ غُرّة [1] جنينها ، ونصفُ دية صاحبتها ، ونصفُ غرة جنين صاحبتها [2] ، فتجب غرتان كاملتان في التركتين وديةٌ واحدة ويُهْدر النصف [3] منهما لا من الجنين .

وان كانتا مستولدتين حاملتين - وتساوت قيمتهما - فقد تَقَاصَّا (وإن كانت إحداهما تساوي [4] مائتين والأخرى مائةً ، فصاحبُ المائتين يستحق مائة ، وصاحبُ المائة يستحق خمسين ، فبقي لصاحبِ النفيسة خمسون على صاحب الخسيسة ؛ لأنّ جناية المستولدة تجب على السيد ؛ لأنه بالاستيلاد السابق صار مانعًا بخلاف القِنّ ، وكان يحتمل هاهنا أن لا تلزمه ؛ لأنه إنما يكون مانعًا إذا بَقي المحل حيًّا قابلًا للتفويت [5] ، وقد كان موته [6] مع الجناية لا بعدها .

وإن كانتا حاملتين - والقيمةُ بحالها وقيمةُ كل غرة أربعون - فصاحب النفيسة يستحق مائةً وعشرين من جملة مائتين وأربعين ، ولكن قيمة الخسيسة مائة - وهي أقل من الأرش - فلا يجب على السيد إلا أقل الأمرين [7] ، فالواجبُ على صاحب الخسيسة مائة ، ويستحق صاحبُ الخسيسة سبعين : [8] خمسون لمستولدته وعشر للغرة [8] ، فيبقى عليه ثلاثون .

الصورة الثانية : إذا اصطدمت سفينتان بأجراء ملاحين : فالسفينة كالدابة والملاحُ كالراكب ، وغلبة الرياح كغلبة الدابة حتى يُخَرّج على القولين ، ونزيد هاهنا إن كان في كل سفينة عَشرةُ أنفسٍ مثلًا ، فهما شريكان في قتل العشرين ، وكذلك في إتلاف المال الذي في السفينة [9] . فإن هلك المال وتنازعوا ، فقال الملاح : حصل بغلبة الريح ، وقال المالك : بل بفعلكما [10] : فالقولُ قولُ الملاح ؛ إذِ الأصل براءة الذمة .

---

(١) الغُرّة : عبد أو أمة . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٨٢) مادة (غ ر ر) .

(٢) في (أ) : « صاحبها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « النصفان » .

(٤) في (أ) : « تَسْوَى »

(٥) في (أ) ، (ب) : « للبيع » .

(٦) في (أ) : « موتها » .

(٧) في الأصل : « إلا أقل أمرين » والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « خمسين لمستولدته ، وعشرين لغرة » .

(٩) في (أ) : « السفينتين » .

(١٠) في (أ) : « بل بفعلك » .

ولو ثقب [١] الملاحُ السفينةَ وغرق أهلُها ، فقد يكون عمدًا محضًا ، وقد يكون شبه العمد [٢] ، وقد يكون خطأً ولا يخفى [حكمه] [٣] .

فرع : إذا أشرفت السفينة على الغرق - وكان النجاة في إلقاء الأمتعة - فقال من احتاج إلى النجاة : أَلْقِ متاعك وأنا ضامنٌ ؛ فيلزمه الضمان لمسيسِ الحاجة إلى الفداء كما إذا قال : طلِّقْ زوجتَك وأنا ضامن للمهر ، وكذلك إن كان [٤] الحاجة لغيره فله الالتزام بسببه ، بل عليه إلقاء متاعه لنفسه . وإن كانت الحاجة عامةً - للملتمسِ وصاحبِ المتاعِ - فيه وجهان [٥] :

النص : أنه يجب ضمانُه ؛ لأنّ الملتمس محتاجٌ ، فحاجةُ / المالك لا تمنعه من البذل . ٢٤٤/أ

والثاني : [٦ أنه يسقط بحصة المالك ٦] ، فإن كانوا عشرةً سقط العشرُ ، أو خمسةً فالخُمُسُ .

ولو قال : أَلْقِ متاعك - ولم يتعرضْ للضمان - ففيه وجهان ؛ كما إذا قال : اقْضِ ديني ، ولم يشترط الرجوع [٧].

ولو قال : أنا وركبانُ السفينة ضامنون ، كلٌّ واحد واحد على الكمال : فيلزمه ، وركبانُ السفينة لا يَلْزمهم إذا أنكروه .

ولو قال [٨] : أنا وهم ضامنون كلٌّ بحصته : فحصتُه تلزمه ، والباقي يرجع إليهم . فإن قالوا : رَضينا بما قال ، لزمهم - وإن كنا لانقول بوقف العقود - لأنّ هذا مبني على المصالحة والتساهل .

ولو أطلق قولَه : أنا وركبانُ السفينة ضامنون ، ثم قال : أردتُ التقسيطَ : فالقولُ قوله مع يمينه حتى لا يلزمه إلا نصيبُه .

وإن قال : أنا ضامن وركبان السفينة ضامنون ، ثم فَسّر بالتقسيط : فاختيار المزني (رحمه الله) أنه يُقْبل مع يمينه ، وظاهر النص : أنه لا يُقْبل ؛ لإضافته الضمانَ إلى نفسه [أولًا] [٩] ثم ذِكْره الركبانَ بعده .

---

(١) في (أ) : « ولو نقب » .
(٢) في (أ) : « شبه عمد » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « كانت » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « ففيه وجهان » .
(٦) في (أ) : « أنه يسقط بحصته » .
(٧) في (أ) : « ولم يشرط الرجوع » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وإذا قال » .
(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الصورة الثالثة : إذا رجع حجر المنجنيق على الرماة - و كانوا عشرة - فهلكوا : فَيُهْدر من دم كلِّ واحدٍ عُشْرُه ويتعلق تسعةُ أعشار [(١)] بعاقلة الباقين ؛ إذ ما من واحد إلا وهو قَتَل نفسه [(٢)] بمشاركةِ تسعةٍ .

وإن أصاب غير الرامين ، فالديةُ على عاقلتهم ، إلا إذا قصد [(٣)] شخصًا بعينه وقدروا على الإصابة غالبًا . فإن قصدوا جَمْعًا وعلموا أنهم يصيبون واحدًا ولكن لا بعينه ، فهو خطأ في حقِّ ذلك الواحد ، ولهذا قلنا : المكرِه إذا قال : اقتل زيدًا أو عَمْرًا ، فقتل زيدًا فلا قصاصَ على المكرِه ؛ لأنه ما قصد [(٤)] زيدًا بعينه ، ويجب على المكْرَه ؛ لأنه ذو خِيَرَةٍ في تعيينه ، بخلاف ما إذا قال : اقتلْهما وإلا قتلتُك ، فإنَّ خيرته في التقديم والتأخير لا تُؤثر .

الصورة الرابعة : [(٥)] إذا جرح الدافع ثلاث جراحات : أولها عند قصده ، [(٦)] والثانية بعد إعراضه [(٦)] ، والثالثة بعد عَوْده إلى القصد : فالمتوسطة مضمونة ، [(٧)] والأخريان مهدران [(٧)] فعليه ثلث الدية .

ولو ضربه في الدفع ضربتين ، وبعد الإعراض واحدةً ، فعليه نصف الدية ؛ جمعًا لما جرى في حالة الإهدار ، بخلاف ما إذا توسطت حالة بين حالتين [(٨)] .

ولو جرح مرتدًّا وأسلم ، فعاد الجارحُ مع ثلاثة من الجناة فجرحوه ، قال ابن الحداد : الجناةُ أربعةٌ ، فعلى كل واحد ربعُ الدية ، إلا أن الجاني في الحالتين لزمه الربع بجراحتين ، إحداهما مهدرة ، فيعود نصيبه إلى الثمن . وقال بعض الأصحاب : لا ، بل توزع على الجراحات لا على الجارحين ، ويقال : الجراحات خمسة ، [(٩)] والواحد منها مهدر ؛ فسقط الخمس [(٩)] ويبقى

---

(١) في (أ) : « تسعة أعشاره » . (٢) في (أ) ، (ب) : « قاتل نفسه » .

(٣) في (أ) : « قصدوا » .

(٤) في (أ) : «لأنه قصد » وكلاهما صحيحٌ على اعتبار أن الضمير في قوله : (لأنه ما قصد) يعود على المُكرِه ، وفي قوله : (لأنه قصد) يعود على المُكْرَه .

(٥) في (أ) : « الرابعة » بدون كلمة « الصورة » . (٦) في (أ) : « والثانية عند إعراضه عن القصد » .

(٧) في (أ) : « والآخرن يهدران » . (٨) في (أ) : « الحالتين » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والواحدة منها مهدرة ، فيسقط الخمس » .

[على] [١] كل واحد من الأربعة [٢] خمسُ الدية ، ويدخل نُقْصانُ الإهدارِ على الكل .

ولو جنى أربعة في الردة ، ثم عاد [٣] منهم واحد [٣] مع ثلاثة آخرين وجنوا في الإسلام : فعلى مذهب ابن الحداد (رحمه الله) : الجناةُ سبعةٌ ، فعلى كل مَنْ لم يَجْنِ فى الإسلام سبعٌ كامل ؛ ومن جنى فى الحالتين رجع سُبعه إلى النصف . وعلى الوجه الآخر يقال : [٤]الجنايات ثمانية ، أربعة في الردة مهدرة ، فيبقى أربعة [٤] أثمان الدية على الأربعة الذين جنوا في الإسلام . ولْنَقِس على هذا ما إذا جنى خطأً ، ثم عاد مع غيره وجَنَيَا [معا] عمدًا [٥] ، ولكن يكون التوزيع هاهنا النقل إلى العاقلة في البعض كما كان .

ثم للإهدار فرعان :

الأول : [٦] جنى عبد [٦] على حر ، فجاء إنسان وقطع يد العبد ، ثم قطع العبدُ بعده يَدَ حُرٍّ ، وماتوا : فتؤخذ قيمة العبد من الجاني عليه ، ويختص المجنيّ عليه بالأرش بقدر أرش اليد ، والباقي يكون مشتركًا بينه وبين المجني عليه ثانيًا ؛ لأنه حيث قطع يده لم يكن للثاني حقّ .

ونعني بالأرش قيمة النقصان على الأصح ؛ إذ لو أردنا نصف الدية ، فلو فرضنا بدله قطع اليدين لم يَبْقَ للمجني عليه ثانيًا شيء .

الثاني : إذا تقاتل رجلان بسيفيهما ، فأصبحا قتيلين ، فادّعى وليُّ كل واحد أنّ صاحبه كان دافعًا لا قاصدًا : تَحَالَفَا ، فإنْ نكل واحدٌ حصل الغرض ، وإن حلفا تساقطا .

وحكمُ كل شخصين التقَيَا في بادية ، واستشعر كلٌّ واحد من صاحبه القصدَ : أنه إن غلب على ظنه قَصْدُه حَلَّ له البدايةُ بالدفع ، وإلا فلا ، فإنْ قتلَه ومات الدافعُ وأَقَرَّ وليُّه بأنه كان مخطئًا في ظنه : أُخذت الدية من التركة .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « من الأربع » .

(٣)في (أ) ، (ب) : « واحد منهم » .

(٤)في (أ) ، (ب) : « الجنايات ثماني ، أربع في الردة مهدرة ، فبقي أربعة » .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (أ) : « عبدٌ جنى » .

فإن قيل : القاتلُ بالسحر لم يَذْكروه ، قلنا : لا يُعْرف ذلك إلا بإقرار الساحر ، فإن قال : سِحْري يَقْتل غالبًا ، فهو عَمْدٌ يجب به القصاص . وإن قال : قصدتُ الإصلاح ، فهو شِبْهُ عمد . وإن قال : قصدتُ غيره / فأصبتُ اسمَه فهو خطأ محض . ٢٤٤/ب

ولا ينبغي أنْ يُتَعَجَّب من هذا ؛ فإنَّ السحر حقٌّ .

* * *

القسم الثالث
في بيان مَنْ تجب عليه الدية

وهو الجاني إن كان عمدًا ، والعاقلة [1] إن كان خطأً أو شبه عمد ؛ لما رُوي « أنّ جاريتين اختصمتا ، فَضَربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط ، فَقَتَلتها وما في بطنها ، فقضى رسولُ الله ﷺ بالدّية على العاقلة ، وفي الجنين بِغُرّة : عبدٍ أو أَمَةٍ » [2].

والنظر في العاقلة يتعلّق بأركان :

الأول : في تعيينهم .

والديةُ تُضْرب على ثلاث جهات : العصوبة ، والولاء ، وبيت المال . أما المحالفة والموالاة فلا تُوجب تحمُّلَ العَقْلِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

الجهة الأولى : القرابة ، وهو كل عصبة واقع على طرف النسب ، فلا تُضرب على أب الجاني وابنِهِ ، كما لا تُضْرب على نفسه ، وقد ورد في الحديث : « وكان العصبة [3] أحقّ به » .

واختلفوا في ثلاثة أمور :

أحدها : أنّ ابنها لو كان ابنَ ابنِ عمها [4] ، أو معتقه [5] ، فهل تُضْرب عليه ؟ فيه وجهان [6] :

---

(١) في الأصل « أو العاقلة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث رواه البخاري (١٢ / ٢٦٣) (٨٧) كتاب « الديات » (٢٦) باب « جنين المرأة ، وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد » حديث (٦٩١٠) بإسناده عن أبي هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر ، فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى النبي ﷺ ، فقضى أن دية جنينها غُرَّةٌ : عبدٌ أو وليدة ، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها » . ورواه مسلم أيضًا (٣/١٣٠٩) (٢٨) كتاب « القسامة » (١١) باب « دية الجنين » حديث (١٦٨١) . ورواه أبو داود (٤/٧٠١) حديث (٤٥٧٦) ، والترمذي (٤/١٦) حديث (١٤١٠) وابن ماجه (٢/ ٨٨٢) حديث (٢٦٣٩) جميعًا من طرق عن أبي سلمة عن أبي هريرة به .

(٣) في (أ) : « وكان أبعاضه » .

(٤) في الأصل : « لو كان ابن عمها » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٥) في (أ) : « أو معتقها » .

(٦) قال الحموي : « قوله في باب العاقلة : (واختلفوا في أمور أحدها : أنه لو كان ابنُه ابنَ عمه أو معتقَه ، فهل يضرب عليه ؟ فيه وجهان) .

قلت : لا يتصور بأن يكون ابنُه ابنَ عمه ، كما لا يخفى . قلت : أراد بابنه ابنَ عمه ؛ فإنه يطلق ذلك عليه بطريق المجاز ، قال الله تعالى : ﴿ يابني آدم ﴾ » . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ /أ) .

أحدهما : لا ؛ لأنّ البنوة مانعة .

والثاني : تُضرب ؛ لأنها ليست مانعةً ولا موجبةً كما في ولاية النكاح فَتُجْعل كالعدم .

الثاني : أنّ الأخ للأب والأم ، هل يُقَدم على الأخ للأب ؟ ، فيه قولان كما في ولاية النكاح .

الثالث : أن الترتيب يُرْعَى ولا يرقى إلى الأعمام ما لم يفصل عن الإخوة ، (1) ويرعى من لم يثبت له الميراث (1) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُسَوَّى بينهم .

الجهة الثانية : الولاء ، فإذا لم نُصادف عصبةً ضَرَبنا على معتق الجاني ، فإن لم يكن فعصباتُه ، ثم معتق المعتق ، ثم عصباته ، (2) ثم معتق أب أب المعتق (2) ، ثم عصباته ، ثم معتق جدّ المعتق ، ثم عصباته ، على هذا الترتيب كما في الميراث .

وهل يدخل ابنُ المعتق وأبوه ومَنْ على عمود نسبهِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما في النسب ، ولما رُوي أن مولى صَفيَّة (3) بنت عبد المطلب (رضي الله عنها) جنى ، فقضى عمر (رضي الله عنه) بأرش الجناية على عليّ (رضي الله عنه) ابن عمها ، وقضى بالميراث لابنها الزبير (رضي الله عنه) .

والثاني : أنه (4) يُضْرب ؛ لأنّ المعتق عاقلة ، فيضرب على ابنه كما يضرب على ابن الأخ ، بخلاف الجاني نفسه .

فروع

الأول : المرأة إذا أَعتقت فلا تُضْرب عليها ، بل يَحْمل عنها جنايةَ عتقها مَنْ يحمل جنايتَها مِنْ عَصَباتِها ؛ كما يُزَوِّج عتيقَها مَنْ يُزَوِّجها .

الثاني : لو أعتق جماعةٌ عبدًا ، فَهُمْ كشخصٍ واحد لا يلزم جميعَهم أكثرُ من حصة واحدة (5) ، وهو نصف دينار ، فإن كانوا ثلاثةً فحصةُ كلٍّ واحدِ السدسُ ، فلو مات واحد وله

---

(1) في (أ) : « ويرعى ترتيب الميراث » .

(2) في (أ) : « ثم معتق أبي المعتق » .

(3) في (أ) : « مولًى لِصَفية » .

(4) قوله : (أنه) ليس في (أ) .

(5) في (أ) : « من حصة واحد » .

إخوة (١ فلا يجب على كل واحد من إخوته أكثر من السدسُ ؛ إذْ غايتُه أنْ يكون وحده نازلًا منزلةَ مورثِه لو كان حيًا ١) .

الثالث (٢) : إذا فضل من المعتق نصيب ، فلا يترقى إلى عصباته في حياته ؛ لأن تحملَهم بالولاء ، وليس لهم وَلاءٌ في حياة المعتق ، بخلاف ما إذا مات وله إخوة وأعمام ، ففضل من إخوته شيء فيُطالب الأعمام كما في النسب ؛ لأن الولاء يُورث به ، فهو لُحْمَةٌ كَلُحْمة النسب ، ولكن يكون كذلك بعد موت المعتق ، ولا يخلو الفرق بين المسألتين عن احتمال .

الرابع : العتيق ، هل يتحمل العقْلَ عن معتقه ؟ وفيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المِنّة عليه أعظمُ ، (٣ فهو بالنصرة أجدر ٣) .

والثاني : لا ؛ لأنّه لا يَرث ، بخلاف المعتق .

فإنْ قلنا : يتحمل ، فلو اجتمع المولى الأعلى والأسفل ، فلعلّ تقديم الأعلى أولى .

الخامس : (٤ المستولد من عتيق وعتيقة يَثْبت الولاء عليه لموالي الأب ترجيحًا لجانب الأبوة ٤) ، فلو تولّد من عتيقة ورقيق ، فالولاء لموالي الأم لانسداد جهة الأب ؛ إذْ لا وَلَاءَ عليه بعد .

فلو أعتق الأب انجرَّ الولاءُ إلى موالي الأب وسقط ولاء موالي الأم . فلو جنى هذا الولدُ قبل جَرِّ الولاء فالعقل على موالي الأم ، أعني إذا مات المجني [عليه] (٥) قبل الجرّ . فإن مات بعده فقدر أرش الجناية على موالي الأم مع السراية إلى وقت الجر ، وما حصل بعد الجر فعلى الجاني ، فإنه كيف تُضرب على موالي الأب وهو نتيجة جناية قبل الجرّ ؟ ، وكيف تُضرب على موالي الأم مع السراية (٦) وإنما حصل بعد الجر ؟ وكيف تُضرب على بيت المال ، وفي الحالتين قد وُجد مَنْ هو

---

(١) في (أ) : « فلا يجب على جميعهم إلا سدس ديته ؛ لأن هذا هو الذي كان يلزمه ، وهم يقومون فيه مقامه » .

(٢) ساقطة من (أ) . (٣) في (أ) : « فهو بالنظر أجدر » .

(٤) في (أ) : « المستولدة من عتيق وعتيقة يثبت الولاء عليها لمولى الأب ترجيحًا لجهة الأبوة » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله (مع السراية) ساقط من (أ) .

أولى منه ؟ .

وبالجملة ، الضربُ على العاقلة بخلاف القياس ، فتسقط بالشبهة كالقصاص . ولو قيل : تُضرب على بيت المال لم يكن بعيدًا . فلو قطع اليدين قبل الجرّ ، أو قطع اليدين والرجلين ثم مات بعد الجر : فعلى موالي الأم ديةٌ كاملة ، ولا يُبَالَى / بقولهم : إن هذه دية نفس (١ ذهبت بعد الجر ١) ؛ لأنّ المقصود أنْ لا نزيد عليهم لما بعد الجر شيئًا [ومقدار الدية كان لازمًا قبل الجرّ ولم يَرد بعده شيء] [٢] . ٢٤٤أ

الجهة الثالثة : بيت مال المسلمين ، فإنه مَصَبُّ المواريث ، فإذا لم نجد مِنْ عصبات النسب والولاء محلًّا [٣] أو فضل منهم ضَربْنا على بيت المال ، إلا إذا كان الجاني ذميًّا ، فإن لم يكن في بيت المال شيء رجعنا إلى الجاني وضَرَبْنا عليه . هذا حكم الجهات [٤] .

أما الصفات : يُشْترط [٥] فيمن تُضْرب عليه : التكليفُ ، والذكورةُ ، والموافقة في الدين واليسار . ولا تُضرب [٦] على مجنون ، وصبيّ ، وامرأةٍ وإن كانت [٧] معتقة ؛ لأنهم ليسوا أهل النصرة بالسيف .

وفي الزَّمِنِ الموسر وجهان ؛ لأنه - بحكم عجز الحال - يُضَاهي النساءَ .

ونعني بموافقة الدين أنه لا يتحمل مسلمٌ عن كافر ، ولا كافر عن مسلم . وهل يتحمل اليهودي عن النصراني ؟ فعلى قولين ، منشؤهما : أن التوارث موجود ، والتناسل معدوم [٨] .

وتُضرب جناية الذمي على عاقلته الذميين [٩] دون أهل الحرب فإنهم كالمعدومين [١٠] . وتُضرب على المعاهدين ، فإن زادت عهودهم على أَجَلِ الدية : فإن بقي سنةٌ أخذنا حصة تلك

---

(١) في (أ) : « زهقت بعد القطع » .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « محتمل » والمثبت من (أ) .

(٤) قوله : (هذا حكم الجهات) ساقط من (أ) .

(٥) في (أ) : « فيشترط » .

(٦) في (أ) : « فلا تضرب » .

(٧) في الأصل : « وإن كان » والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « والتناصر معدوم » .

(٩) في الأصل : « الذمي » والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « لأنهم كالمعدومين » .

السنة ، فإن لم نجد أوجبنا على الجاني دون بيت المال ؛ لأن بيت المال لا يرثه ويرث المسلم . نعم ، الذميُّ إذا مات [(١] فمالُه من الخُمُسِ [١)] .

وأما اليسار فشرطٌ ، ولا تُضْرب على فقير وإن كان مُعْتملًا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُكَلّف المعتَمِلُ الكسْبَ .

ثم على الغنيّ نصفُ دينار ، ولا يُزَاد عليه ، وهو أول درجة المواساة في الزكاة . وعلى المتوسط نصفُ ذلك ، وهو ربع دينار .

ونَعْني بالغني مَنْ ملك عشرين دينارًا عند آخر السنة التي هي [أصل] [(٢)] الدية ، وليكن ذلك فاضلًا عن مسكنه وثيابه وكلِّ ما لا يُحْسب في الغنى في الكفارات المرتبة .

والمتوسطُ مَنْ جاوز حّد الفقير [(٣)] ، وهو الذي ملك شيئًا فاضلًا عن حاجته ناقصًا عن عشرين دينارًا ، وليكن ذلك [(٤)] أكثر من ربع دينار حتى لا يَرُدَّه أَخْذُه منه إلى حَدِّ الفقر [(٥)] .

وإنما يُعْتبر اليسار آخرَ السنة ، فلو طرأ اليسارُ بعدها ، أو كان قبلها : فلا التفاتَ إليه .

* * *

---

(١) في (أ) : « فمالُه فيء يُخمس » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في(أ) : « حد الفقر » .

(٤) في الأصل : « وليكن ذلك » والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « حد الفقير » .

الركن الثاني
في كيفية الضرب على العاقلة

والنظر في القدر ، والترتيب ، والأَجَل :

أما القدر : فلا يُزَاد على النصف والربعِ في حقّ الغني والمتوسط ، ولكنه حصةُ سنةٍ واحدة ؟ أو حصة للسنين الثلاث ؟ فيه وجهان .

وكلُّ ما قَلّ وكَثُرَ مَضْروبٌ على العاقلة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ما دون أرشِ الموضحة لا يُعْقل [(١)] . وفي القديم : [قول] [(٢)] أنه لا يُحْمل ما دون ثلث الدية . وقولٌ : أنه لا يحمل إلا بدل النفس ، وهما مهجوران .

فإن كان أرش الجناية نصف دينار - والعاقلةُ مائةٌ مثلًا - ففيه وجهان :

أحدهما : أنّ القاضي يُعَين واحدًا برأيه ؛ إذْ توزيعُه يؤدّي إلى مطالبة كلّ واحد بما لا يُتَموّل .

والثاني : أنه يُوزع [عليهم] [(٣)] ، وعليهم تحصيلُ نصفِ دينار مشتركًا بينهم .

وإن كَثُرَ الواجبُ وقلَّت العاقلةُ بدأنا بالإخوة ، فإن فضل منهم شيء بعد أداء كلِّ واحدٍ منهم النصفَ أو الربعَ ترقينا إلى بني الإخوة ، ثم إلى الأعمام على الترتيب ، فإن فضل عن العصبات طالبنا المعتق [(٤)] . فإن فضل عنه [شيء] [(٥)] لم يضرب على عصباته في جناية ؛ إذْ لا ولاءَ لهم ، وفي موته يُسْلك بعصباته مَسْلَك عصبات الجاني ، فإنْ لم نجد من جهة الولاء والقرابة أخذنا البقية آخر السنة من بيت المال ، ونفعل [(٦)] كذلك بحصة السنة الثانية . ولا يَبْعُد أن يَتَحمّل في السنة الثانية [(٧)] مَنْ لم يتحمل في السنة الأولى لعذرِ صِغَرٍ أو فقر [(٧)] .

(١) انظر الهداية (٤ / ٥٧٩) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « طلبنا المعتق » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « ونحصل » .

(٧) في (أ) : « من لم يتحمل في الأولي لعذر أو فقر » .

ثم إن لم يكن في بيت المال شيء [1] ، ففي الرجوع إلى الجاني وجهان [2] ينبنيان على أن الوجوب [2] يُلاقيه أم لا ؟ . وقيل : إنه [3] ينبني على أنه إن ظهر يسارٌ لبيت المال بعد المدة ، فهل يؤخذ منه ؟ ، وهذا البناء أولى ؛ [4] فإنَّا لو قلنا [4] : لا يتعلّق ببيت المال ولا يرجع إلى الجاني ، كان ذلك تعطيلًا . وقطع القاضي بأنه لا يُضْرب على الجاني ، وذَكَرَ في فطرة الزوجة الموسرة عند إعسار الزوج وجهين . والفرقُ عسيرٌ ، والوجْهُ : التسويةُ في الوجوب [5] عند العجز عن التحمل، كيف وقد قطع الأصحابُ بالرجوع إلى الجاني في مسألتين :

إحداهما : الذمي إذا لم يكن له عاقلة .

والثانية [6]: إذا أقر الجاني بالخطأ وأنكر العاقلةُ [7] ولايتَه طُولب الجاني . والفرق عسير . وغايةُ الممكن تَوَقُّعُ يسارِ بيت المال في حق المسلم الذي تثبت عليه الجناية بالبينة ، بخلاف ما إذا أنكر [8] العاقلةُ ، فإنّ إقرارهم بعيد ، والذمي لا يتوقع له متحمل ؛ إذْ لا تتعلّق جنايته ببيت المال .

فرع : لو اعترف العاقلة بعد أداء الجاني [9] فإنْ قلنا : الوجوب يُلاقيه ، رجع على العاقلة ، وإن قلنا : لا يُلاقيه استردّ ما أدّاه وطالب المجنيُّ عليه العاقلةَ [9] / . ٢٤٥/أ

أما الأجل [10] : فمائةٌ من الإبل – إذا وجبت في النفس – مضروبةٌ في ثلاث سنين وفاقًا ، يؤخذ في آخر كل سنةٍ ثُلُثُها . فمنهم مَنْ قال : عِلّتُه أنه بدل النفس حتى زاد [11] عليه في عبد قيمتُه مائتان من الإبل – وقلنا : تحمل – أو نقص [12] في عبد خسيس أو غرة جنين : فتضرب أيضًا في ثلاث سنين . ومنهم من قال : عِلَّتُه القَدْرُ ، فقيمةُ العبد إذا كان [13] مائتين من الإبل

---

(١) كلمة (شيء) ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « مبنيان على أن الواجب » .

(٣) قوله : (إنه) ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن قلنا » .

(٥) في (أ) : بالوجوب » .

(٦) في الأصل : « الثانية » والواو زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) « وأنكرت العاقلة » .

(٨) في (أ) : « أنكرت » .

(٩) في (أ) « فإن قلنا : الوجوب يلاقيه ، رجع على العاقلة ولا يسترد ، وما أداه واقعٌ موقعَه . وإن قلنا : لا يلاقيه الوجوب ، فيسترد ما أداه ، وليس للمجني عليه إلا مطالبة العاقلة » .

(١٠) في (أ) : « أما الإبل » .

(١١) في (أ) : « لوزادت » .

(١٢) في (أ) : « أو نقصت » .

(١٣) في (أ) : « إذا كانت » .

تُضْرب في ثلاث سنين .

وديةُ اليهودي والنصراني في سنة [واحدة] (١) ، وديةُ المرأة في سنتين ، وديةُ المجوسي وغرةُ الجنين في سنة واحدة ؛ لأنّ السنةَ لا تتجزّأ .

فروع

الأول : لو قتل واحدٌ ثلاثةً ، واجتمع على عاقلته ثلاثمائة من الإبل : فمنهم من قال : إنْ نظرنا إلى القدْرِ ، فَتُضرب هنا (٢) في تسع سنين ، وإن نظرنا إلى النفس فوجهان ؛ إذْ لا يبعد أنْ تزيد النفوس المتعددة على نفس واحدة . ومنهم من عكس وقال : إنْ نظرنا إلى النفس ففي ثلاث سنين ، وإن نظرنا إلى القدر فوجهان ، ووجهُ الاقتصار : أنّ كل دية متميزة عن غيرها ، وآجالُ الديون المختلفة تتساوى ولا تتعاقب .

فإنْ ضَربْنا في تسع سنين ، فإذا تمت السنةُ الأولى أُخِذَ ثلثُ دية واحدة ووزع (٣) على أولياء القتلى . وكذا آخر كل سنة .

فإن اختلف ابتداء التواريخ : فإذا تَمَّ حَوْلُ الأول أُخذ ثلث الدية وسُلّم إلى وليّ القتيل الأول ، فإذا تَمَّ حوْلُ الثاني ثم حَوْلُ الثالث فكذلك يُفْعل ؛ (٤ فيتمّ ثلث دية واحدة في ثلاثة أوقات ، وهكذا نفعل ٤) في تسع سنين .

الثاني : ثلاثةٌ قتلوا واحدًا ، فالصحيح : أنّ الدية تُضْرب على العواقل ، على كل عاقلةٍ ثلثُها ، ويُؤَدَّى ذلك الثلث في ثلاث سنين ، وكأنهم عاقلةٌ واحدة ؛ لأن المستحق واحد . وقيل : تُضْرب في سنة ؛ نظرًا إلى المستحق عليه .

الثالث : دية إحدى يَدَي المسلم ، تُضْرب في سنتين ؛ إذْ لم يكمل القدْرُ ولا هو بدل النفس . وديةُ اليدين كدية النفس من كل إنسان ، وديةُ يَدَيِ المرأة كنفسها . ولو قَطَع يَدَىْ رجلٍ ورجليه فوجهان :

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في الأصل « هذا » .

(٣) في (أ) : « ووزعت » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

أحدهما : أنه[١] تُضْرب في ست سنين ، وهو نظر إلى القدْرِ ، ومَنْ نظر إلى النفس شَبَّهَ هذا بنفسين[٢] وقد ذكرنا فيه وجهين ، وفي الأطراف وجه : أنَّ بدلها كيفما كان تُضْرب في سنة واحدة ، وهو بعيد .

الرابع : من مات في أثناء السنة - أو أَعْسَرَ في آخر السنة - فكأنه لم يكن ولا يلزمه شيء من حصة تلك السنة ؛ تشبيهًا له بتلف نصاب الزكاة في أثناء الحول .

والذميُّ إذا مات في أثناء الحول ، ففي حصته من الجزية وجهان ؛ لأنّ فيه مشابه الأجرة .

الخامس : غيبةُ بعضِ العصبات في آخر الحول ، هل يكون كعدمهم ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ إذ يعسر تحصيلُها منهم ، فتضرب على الباقين ، وعلى[٣] هذا ، تعتبر غيبةٌ لا يمكن تحصيل المال بالمكاتبة إلى القاضي في مدة سنة .

والثاني : أنه تُضْرب عليه وتُحَصَّل على حسب الإمكان ، وهو القياس .

السادس : أول الحول يُحْسب من وقت الرفع إلى القاضي ، سواءٌ شَعَر به[٤] العاقلة أو لم تشْعر ، ولم يُحْسب من وقت الجناية ؛ لأن هذه مدة تُناط بالاجتهاد .

ولو رُفعت جنايةٌ إلى القاضي ، ثم تولد[٥] سرايةٌ بعد الرفع ، فأرشُ السراية ولايُحْسب[٦] من وقت الجناية ، بل من وقت السراية[٧] .

---

(١) في (أ) : « أنها » .
(٢) في (أ) : « بنفس » .
(٣) في (أ) : « فعلى » .
(٤) في (أ) : « سواء شعرت به » .
(٥) في (أ) : « ثم تولدت » .
(٦) في (أ) : « لا يحتسب » .
(٧) قال الحموي : « قوله : (السادس : أول الحول : يحسب من وقت الرفع إلى القاضي ، سواء شعرت به العاقلة أو لم يشعروا ، ولم يُحْتَسب من وقت الجناية ؛ لأن هذه مدة تناط بالاجتهاد ، ولو رُفِعَتْ جنايةٌ إلى الحاكم ثم تولدت منها سرايةٌ بعد الرفع ، فأرش السراية لا يحتسب من وقت الجناية بل من وقت السراية) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ؛ فإن الذي ذكره الإمام عن أبي حنيفة أن أولَ الحول يحتسب من وقت الرفع إلى الحاكم على ما ذكره الشيخ ، فاعتبر الحول من وقت الموت في النفس ، وفي الطرف من وقت الجناية إن لم تَسْرِ ، وإن سرت فمن وقت الإندمال ، هذا مع أن الشيخ ذكر في كتاب « الخلاصة » خلافه على ما ذكره الأصحاب .

قلت : أمكن أن يقال : هذه المسألة فيها خلاف ، فإن كلَّ مسألة مجتهد فيها [فيها] خلافٌ ، كالفسخ في الإعسار بالنفقة فإنه يتوقف على الحاكم على وجه ، وكذلك في فسخه في التحالف ، وإذا كان كذلك كان فيه =

السابع : إذا جنى العبدُ ، فأرشُه يتعلّق برقبته ، ولايتعلق بسيده ولا بعاقلته . وهل يتعلّق بذمته حتى يُطَالَب بعد العتق ؟ فيه قولان ، والأقيسُ : أنْ [1] يتعلَّق به .

ثم هل يصح ضمانُه ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : ضَعْفُ هذا التعلق [2] .

[والأصح : صحتُه ؛ كما في المعسر] [3] . ومعني التعلُّقِ برقبته : أنْ يُبَاع ويُصْرف ثمنه إلى الجناية . فلو منع السيد واختار الفداء فله ذلك ، وفي الواجب عليه قولان :

أحدهما : أقلُّ الأمرين من الأرش أو قيمة العبد ؛ لأنه لم يمنع إلا من العبد .

والثاني : يلزمه كمالُ الأرش ؛ لأنّ المجني عليه [ربما] [4] يقول : ربما أجد زبونًا يشتري بالزيادة .

فعلى هذا ، لو قتله السيد [5] – أو أعتقه – اقتصر منه على القيمة في أحد الوجهين كما لو قتله الأجنبي [6] ؛ إذْ فات الطمع في الزبون . وقيل : يلزمه كمالُ الأرش كما [7] إذا أَمْسَكَه .

وإن جنت المستولدةُ ، فالسيد يمانع بالاستيلاد السابق ؛ فعليه أقلُّ الأمرين ؛ إذْ لا طمع في زبون يشتري . وقيل بطرد القولين .

فلو جنت المستولدة مرارًا ولم يتخلل الفداء فهي كجناية واحدة ؛ فَتُجمع ويلزم السيدَ أقلُّ الأمرين . وإن تخلل الفداء فهذا في القِنّ يقتضي فداءً جديدًا ؛ لأنه مانعٌ بمنع جديد . وفي المستولدة قولان ؛ لأن المنع مُتحدٌ ، فإن قلنا : لا يتكرر الفداءُ ، فَيُسْترد ما سُلِّم إلى الأول ويُوَزّع

= خلاف ، وكون الأصحاب لم يذكروه لا ينفي جوازَه ، ويَعْضُدُ ما قلتُه أن قائلًا لو قال : ما الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكرناه من الخلاف في غيره ، لما ظهر بينهما فرقٌ قادح ، هذا مع احتمال على أنه اطلَّع على نقل فيه ولم نشاهده ، وإن لم يطلع عليه كان ذلك استنباطًا منه ، فهو متجه ؛ إذ لو كان الأمر على خلاف ما ذكرت لكان يعتقد فيه أن يُثْبِتُ شيئًا في « الخلاصة » ويذكر خلافًا من غير تعقُّلِ ذلك وفَهْمِه ، وذلك لا يُعْتقد فيمن ليس مماثلًا له فكيف به (رحمه اللّه) ؟ فإن دقائق الفقه لا تخفى عليه فكيف بظواهرها ؟ وطريق ذلك ما ذكرناه من الجواب « . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ / أ ، ١٧١ / ب) .

(١) في (أ) : « أنه » .

(٢) في (أ) : « التعليق » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة « السيد » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أجنبي » .

(٧) قوله : (كما) ساقط من (أ) .

عليهما ، ولا يُسْتبعد هذا كما لو حفر بئرًا فتردَّى فيه إنسان فصُرفت [1]تركتُه إلى ضمانه ، فتردى [فيه إنسان] [2] آخر/ فإنه يُسترد ويُوزع .

٢٤٥/ب

فرع : لو قال السيد : [3]اخترتُ فداءَ العبد [3] ، فهل يلزمه أم يَبْقى على حريته [4] ؟ فيه وجهان .

ولو وطئ الجارية الجانية ، هل يكون اختيارًا للفداء كالْوَطْءِ في زمان الخيار ؟ فيه وجهان ، والأصح : أنه يبقى على خيرته ما لم يُرِدِ [5] الفداء ، وأنّ الوطأ لا يكون اختيارًا .

* * *

---

(١) في الأصل : « صرفت » والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « اخترت الفداء للعبد » .

(٤) في (أ) : « على خيرته » .

(٥) غير واضحة في النسخ ، ولعلها كذلك إن شاء الله .

القسم الرابع من الكتاب

في دية الجنين

وقد قضى رسولُ الله ﷺ بغرة : عبدٍ أو أَمةٍ على العاقلة ، فقالوا : كيف نَفْدِي [١] مَنْ لا شَرِبَ ولا أَكَلَ ، ولا صاحَ ولا استهلَّ ؛ ومثلُ ذلك يُطَلّ [٢] ، فقال عليه السلام : « أسجعًا كسجع الجاهلية ؟! وقضَى بالغرة [٣] » .

والنظر فيه في ثلاثة أطراف : الموجِب ، والموجَب فيه ، والواجب .

الطرف الأول : في مُوجِب الغُرّة . وهي جنايةٌ توجب انفصالَ الجنين ميتًا ، فإن انفصل حيًّا ثم مات من أثر الجناية : وجب [٤] دية كاملة ، سواء كانت الحياة مستقرة أو كان حركة المذبوح [٥] سواء كان قبل ستة أشهر – ولا تدوم تلك الحياة – أو بعده [٦] ؛ لأن الحياة صارتْ مستيقنةً . بل نزيد فنقول : مَنْ حزَّ رقبة مثل هذا الجنين – وهو في حركة المذبوحين ، أو أجهض لدون ستة أشهر – فعليه القصاص ، إلا إذا كان ذلك من أثر جناية سابقة ، وهو كَفَرْقِنَا بين المريض المشرف على الهلاك وبين قَتْلِ مَنْ أَشْرَفَ على الهلاك بجناية .

ومهما صار إلى حركة المذبوحين بجناية ، فَحَزَّ غيرُ الجاني رقبتَه فالديةُ على الجاني ، وقال

---

(١) في (أ) : « كيف نَدِي » والمعنى كيف نُعطي الدية ؟ ، يقال : وَدَى القاتلُ القتيلَ ، يَدِيه دِيَةً : إذا أعطى وليَّه المالَ الذي هو بدل النفس . وفاءُ الفعلِ محذوفةٌ ، ويقال في الأمر منه : دِالقتيلَ . بدالٍ مكسورة فقط ، أي ادْفَعْ دِيَتَه . انظر المصباح المنير (٢ / ١٠١٣) .

(٢) أي : يُهْدَر . انظر المصباح (٢ / ٥٧٦) .

(٣) الحديث رواه مسلم (٣ / ١٣١٠) (٢٨) كتاب « القسامة » (١١) باب « دية الجنين » (١٦٨٢) . ورواه أبو داود (٤ / ٦٩٦) حديث (٤٥٦٨) ، والنسائي (٨ / ٤٩) ، والترمذي (٤ / ١٧) حديث (١٤١١) بإسنادهم عن المغيرة بن شعبة (رضي الله عنه) مرفوعًا ، ورواه ابن ماجة (٢ / ٨٨٢) حديث (٢٦٤٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٤) في (أ) : « وجبت » .

(٥) في (أ) : « حركة المذبوح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بعدها » .

المزني (رحمه الله) : لا تتم الدية في جنين انفصل قبل ستة أشهر ولا يجب فيه القصاص ؛ لأنه مَنْعٌ للحياة [(١)] لا قَطْعٌ لها ؛ فإن هذه الحياة لا يُتَوهم استقرارُها .

ولو ماتت الأم ولم ينفصل الجنينُ : فلا غرة ؛ إذْ لا تُتيقن حياةُ الجنين ولا وجودُه . ولو انفصل ميتًا - وهي حيةٌ أو ميتةٌ - وجب الغرة [(٢)] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُحَال موتُه على موت الأم . وعندنا يُحَال كلاهما على الجناية .

ثم اختلفوا في أنّ المعتبر ، انكشافُ الجنين أو انفصالُه ؟ حتى لو خَرجَ رأسُه [(٣)] - وماتت الأم كذلك - ففي وجوب الغُرة وجهان :

أحدهما : تجب ؛ إذ تحقَّقَ وجودُه بالانكشاف .

والثاني : لا ؛ إذْ لم ينفصل .

[(٤)] وكذا لو قُدَّت المرأة بنصفين [(٤)] وشاهَدْنا الجنينَ في بطنها فهو على هذين الوجهين .

[(٥)] وعلى هذا ، لو خرج رأسُه وصاح فَحُزّت رقبته [(٥)] ففي وجوب القصاص وجهان ؛ بناءً على أن هذا الانفصالَ هل يُعْتدّ به ؟ . ولو ألقت يدًا واحدة وماتت ولم تُلْقِ شيئًا آخر : وجبت الغرة ؛ إذْ تيقّنّا وجودَ الجنين بانفصال العضو . ولو أَلْقت رأسين [(٦)] أو أربعه أيدٍ [(٦)] لم نزد على غرة واحدة ؛ لاحتمالِ أن يكون الجنينُ واحدًا . ولو ألقت بدنين فغرتان . وقد أُخبر الشافعي (رضي الله عنه) بامرأة لها رأسان ، فنكحها بمائة دينار ونَظَر إليها وطلقها [(٧)] . ولو ألقت يدًا ، ثم ألقتْ

---

(١) في الأصل : « منع الحياة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « وجبت الغرة » .

(٣) في (أ) : « لو أخرج رأسه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا لو قَدَّ المرأة نصفين » .

(٥) في (أ) : « لو أخرج رأسه ، وصاح فَحَزّ رقبته » .

(٦) في (أ) : « أو أربع أيدي » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (ولو ألقت رأسين أو أربع أيدٍ لم تزد على غرة واحدة ؛ لاحتمال أن يكون الجنين واحدًا ... ثم قال : ولو ألقت بدنين فغرتان . وقد أخبر الشافعي (رضي اللّه عنه) أن امرأة لها رأسان فنكحها على دينار ثم طلقها).

قلت : ذكر الشيخ أنها لو ألقت رأسين لم يزد على غرة واحدة ، ثم ذكر أنها لو ألقت بدنين فغرتان ، ثم ذكر أن الشافعي (رحمه اللّه) تزوج بامرأةٍ لها رأسان ، ولا شك بأن هذا الاستشهادَ المذكورَ لا يُوجِبُ إلا غرةً واحدة على ما ذكر أولًا ، ولو كان كذلك لم يكن فيه استشهاد على البدنين ، وإنما اختص بالأولى كما لا يخفى . =

جنينًا ميتًا سليمَ اليدين لم نَزِدْ على غُرة ؛ لاحتمالِ أنها كانت زائدةً فسقطت وانمحى أثرها [(١)] .

ولو انفصل [جنين] [(٢)] حيًا ساقطَ اليدين وجبت ديةٌ تامّة . وإن كان صحيحَ اليدين وألقت معه يدًا : وجبت حكومةٌ لتلك اليد . فإن قيل : [(٣)] فلو تنازع المرأة والجاني [٣] ؟ قلنا : إنْ تنازعا في أصل الجناية أو الإجهاض ، فالقولُ قولُه ولا يثبت الإجهاضُ إلا بشهادة القوابل . [٤] وإن اعترف بها [٤] ، ولكن قال : لم يكن الإجهاضُ بالجناية : فإن كانت متألمةً ذاتَ فراشٍ إلى الإجهاض فالقولُ قولها ، وإلا فهو نزاع في سراية الجراحة [(٥)] .

ولو سُلّم جميع ذلك ، ولكن قالت المرأة : انفصل حيًّا ثم مات ؛ فعليك كمالُ الدية ، وقال الجاني : بل انفصل ميتًا فعليَّ غرةٌ [(٦)] ، فالقولُ قوله ، وعليها إثباتُ الحياة ، وتثبت بشهادة النسوة وإن لم تَدُمِ الحياةُ ؛ لأن شهادة الرجال لا تمكن .

ولو سَلّم الانفصالَ حيًّا بالجناية ولكن قال : مات بسبب آخر أو مات بالطلق : فإن لم يكن على الجنين أثر الحياة [(٧)] فالقول قوله ؛ إذ الطلقُ سببٌ ظاهر ، وإن كان عليه أثر الحياة [(٨)] فالقولُ قولها .

الطرف الثاني : في الموجَب فيه . وهو الجنين ، ونعني به مابدأ فيه التخطيطُ والتخليقُ ولو في طرفٍ من الأطراف على وجهٍ تُدْرِكه القوابلُ وإن لم يدركه غيرُهنّ .

فإن أُسقط [(٩)] قبل التخطيط مضغةً أو علقةً ، لم يَلْزمه به شيء على الأصح .

هذا في أصل الجنين .

= قلت : وإن كان كذلك إلا أنه يصلح أن يستشهد أيضًا في الثانية ؛ فإنه لما ذكر أولًا احتمالَ ان يكون الجنينُ له رأسان كأنَّ قائلًا يقول : من أين وقع هذا في العادة ؟ فأخبر من الشافعي ذلك ، وإذا كان كذلك كان استشهادُه للأولى ، ويلزم من ذلك انتفاؤه بالنسبة إلى الثانية ، فيكون على هذا التقدير فيه غرتان من حيث إنه تصوَّر في العادة من له رأسان ولم يتصور في البدنين ؛ فإنا لم نشاهدهما ولم نسمع وقوعهما » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٠ / ب ، ١٧١ /أ) .

(١) في (أ) : « وانمحق أثرها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لو تنازع الجاني والمرأة » .

(٤) في (أ) : « وإن اعترفت بهما » .

(٥) في (أ) : « الجناية » .

(٦) في (أ) : « وعليَّ غرة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أثر الجناية » .

(٨) في (أ) : « أثر الجناية » .

(٩) في (أ) : « فإن أسقطت »

أما صفتُه : فإنْ كان حرًّا مسلمًا ففيه غرة ؛ إذْ فيه وَرَدَ الخبرُ . وإن كان كافرًا فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يجب شيء ؛ إذ في إيجابه تسويةٌ بينه وبين المسلم ، والتجزئة غير ممكن ؛ لأنَّ قيمة الغرة غير مقدرة .

والثاني : أنه يجب / ثلث الغرة [1] ، وفي الجنين المجوسي ثلثُ خُمسِ الغرة ، وهؤلاء يقولون : ولتكن قيمة الغرة ما تساوي خمسًا من الإبل أو خمسين دينارًا . ٢٤٦/أ

والثالث : أنه تجب الغرة ولانبالي بالتسوية .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ثلث الدية » .

فرعان على قولنا بالتفاوت

أحدهما : [١] المتولد من نصراني أو مجوسي [١] فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : [٢] أنا نأخذ بأخفِّ الديتين [٢] .

والآخر : أنا نأخذ بالأغلظ .

والثالث : أنا نعتبر جانب الأب .

الفرع الثاني : أنَّ المرعيَّ حالةُ الانفصال في المقدار ، فلو جنى على ذمية فأسلمت وأجهضت ، فالواجب غرةٌ كاملة ، وكذلك في طُرآن العتق . ولو جنى على بطن حربية فأسلمتْ وأجهضت ، ففي أصل ضمان الجنين وجهان يُضَاهي الوجهين فيما إذا رمى إلى حربي فأسلم قبل الإصابة ، وكأن وصول الجناية إلى الجنين بالانفصال .

أما الجنين الرقيق ، فلا يكون إلا في بطن الرقيقة ، وفيه - إذا سقط ميتًا بالجناية - عُشْر قيمة الأم ، فإن بدل الغرة خمس من الإبل وهي عشر الخُمسينْ التي هي دية الأم . وجراح الرقيق من قيمته كجراح الحرِّ من ديته .

وهذا قد يُفْضِي إلى تفضيل الميت على الحي ، إذْ لو أسقط حيًّا [٣]، ثم مات [٤] ربما لم يلزم إلا دينار [٤]، وهو قيمته ، وإذا سقط ميتًا فَعُشْرُ قيمة الأم ، وربما كان مائة ، لكن سلك [٥] في هذا الاعتبار به مَسْلَك الأعضاء ، فلا يقاس بحال الاستقلال ، ومع هذا ، فالواجبُ مثل عشر قيمة الأم ، لا عُشْرُ قيمة الأم ، ولذلك يُصْرف إلى ورثة الجنين ، ولا تختص الأم باستحقاقها .

ثم إنما يُرْعى قيمةُ الأم عند الجناية ؛ لأنه [٦] أغلظ الأحوال كما إذا جنى على عبد فمات بِالسراية ، إذْ يلزم أقصى القيم [٧] من وقت الجناية إلى الموت ، وقال المزني (رحمه الله) : يُعتبر وقت الانفصال كما في حُرِّيته وإسلامه .

(١) في (أ) ، (ب) : « المتولِّد بين نصراني ومجوسية » .
(٢) في (أ) : « أنها تأخذ بالأخف من الديتين » .
(٣) في (أ) : « سقط حيًّا » .
(٤) في (أ) : « ربما لم تكن قيمته إلا دينارًا » .
(٥) في (أ) : « يُسلك » .
(٦) في (أ) : « لأنها » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « أقصى القيمة » .

فرعان

الأول : إذا انفصل جنين [1] الرقيق سليمًا ، والأمُّ مقطوعةُ الأطراف ، فوجهان :

أحدهما : أنَّا نوجب عشر قيمة الأم سليمة الأطراف ونكسوها صفة السلامة تقديرًا كما نكسوها الحريةَ والإسلامَ إذا كان الجنين حرًّا مسلمًا .

والثاني : أن السلامة لا تُقَدر ؛ لأنه أَمْرٌ خلقي ، ولأنّ سلامة أطراف الجنين لا يُوثق بها، بخلاف الحرية والإسلام . فلو كان الجنين ناقص الأطراف فتقدير نقصان الأم أبعد ؛ إذْ ربما نقص الجنين بالجناية .

الثاني : خلف رجلٌ زوجَه حاملًا ، وأخًا لأب ، وعبدًا قيمته عشرون [دينارًا] [2] ، فجنى العبدُ على بطنها فأجهضت ، وتعلّق [3] برقبته غرة قيمتها ستون [دينارًا] [4] : فالمرأة تستحق من الغرة ثلثًا وهو عشرون ، فقد ضاع منه [5] الربع ؛ إذْ ربع الجاني مِلْكُها ، ولا يستحق المالك على ملك نفسه شيئًا ، وثلاثة أرباع حقها – وهو خمسة عشر [6] – تتعلق بنصيب الأخ ، ونصيبه يساوي خمسة عشر ، فإن له ثلاثة أرباع العبد . وأما الأخ استحق [7] ثلثي الغرة وهي [8] أربعون ، [9] وضاع ثلاثة أرباعه ، لأنّ ثلاثة أرباع الجاني ملكه [9] ، فيبقى سدس الغرة متعلقة بنصيب المرأة ، ونصيبها ربع العبد وهو خمسة ، فإذا سلم العبد ضاع الخمسة الفاضلة . وعلى هذا تُقاس [10] جناية العبد المشترك على المال المشترك بين سَيِّديه إذا كان بين الحصتين تفاوتٌ ، إما في العبد والمال أو في أحدهما .

الطرف الثالث : في صفة الغرة . ويُرْعى فيه [11] ثلاثة أمور :

---

(١) في (أ) : « الجنين » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) : « فتعلّق » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) : « منها » .
(٦) في (أ) : « وهي الخمسة عشر » .
(٧) في (أ) : « يستحق » .
(٨) في (أ) : « وهو » .
(٩) في (أ) : « وضاع ثلاثة أرباع الجاني ؛ لأنه ملكه » .
(١٠) في (أ) : « وعلى هذا القياس » .
(١١) في (أ) : « ويرعى فيها » .

الأول : السلامةُ من كل عيبٍ يُثْبت الردَّ في البيع . ولا تراعى خصال الضحايا والكفارة ؛ لأنّ هذا جَبْرُ مالٍ .

الثاني : السنّ ، ولا يُقْبل ما دون سبع أو ثمان ؛ لأنه كَلٌّ على آخذه ، وفي جهة الكبر لا يؤخذ ما جاوز العشرين في الجارية [(١] وجاوز الخمسة عشر في الغلام [١)] ؛ لأنه لا يُعد من الخيار الغرّ ، والواجبُ غرةٌ : عبد أو أمة . وقيل : المانع في جهة الكبر هو الهرم المضعِف للمُنَّة [(٢)] .

الثالث : نفاسة القيمة ، وفيه وجهان :

أحدهما : لا يُعْتبر ، بل السليم من هذا السنّ يُقْبل وإن كان [(٣)] قيمته دينارًا .

والثاني : لا يقبل إلا ما تعدل قيمته خَمْسًا [(٤)] من الإبل ، أو خمسين دينارًا ، فإن الخمس من الإبل يُرْجع إليه عند عدم الغرة ولا ينقص المبدل عن البدل ، ولأنه لو لم يتقدَّر لَعَسُرَ الفرق [(٥] بين المسلم والكافر [٥)] كما سبق .

فإن قيل : فلو فقدت الغرة ؟ قلنا : في بدلها قولان :

الجديد : أنه خمس من الإبل ، ولا يمكن أن يُعْرف هذا إلا بالتوقيف ، ولعله وَرَدَ ؛ إذ هو مأْخَذُ ومُعْتَمَدُ الفريقين في النسبة في الجنين الرقيق . فإن فقدت الإبل [أيضًا] [(٦)] فهو كإبل الدية [(٧)] .

والقول القديم : أن بدل الغرة قيمتها . فإن قيل : فالغرةُ لِمَنْ ، وعلى مَنْ ؟ ، قلنا : لوارث الجنين ، وهو الأم والعصبة . وعلى عاقلة الجاني [ولا يمكن أن تكون على الجاني] [(٨)] ، لأنّ العمْدَ غيرُ متصوَّر فيه ؛ إذْ لا يتيقن جناية بحال . فإن كان عدد / العاقلة لا يَفي إلا بالنصف ، ٢٤٦/أ فعليهم نصفُ قيمة الغرة ، لا قيمةُ نصفِ الغرة ، وبينهما فَرْقٌ ؛ إذ الغرة ربما تَسْوى ألفًا ، والنصف يُؤْخذ بأربعمائة ، فالواجب خُمسمائة كاملة ، وهو نصف الكل .

---

(١) في (أ) : « والخمسة عشر في الغلام » .

(٢) المُنَّة : القوة . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٩٨) .

(٣) في (أ) : « وإن كانت » .

(٤) في الأصل : « خمس » .

(٥) في (أ) : « بين الكافر والمسلم » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فهي كإبل الدية » .

(٨) زيادة من (أ) .

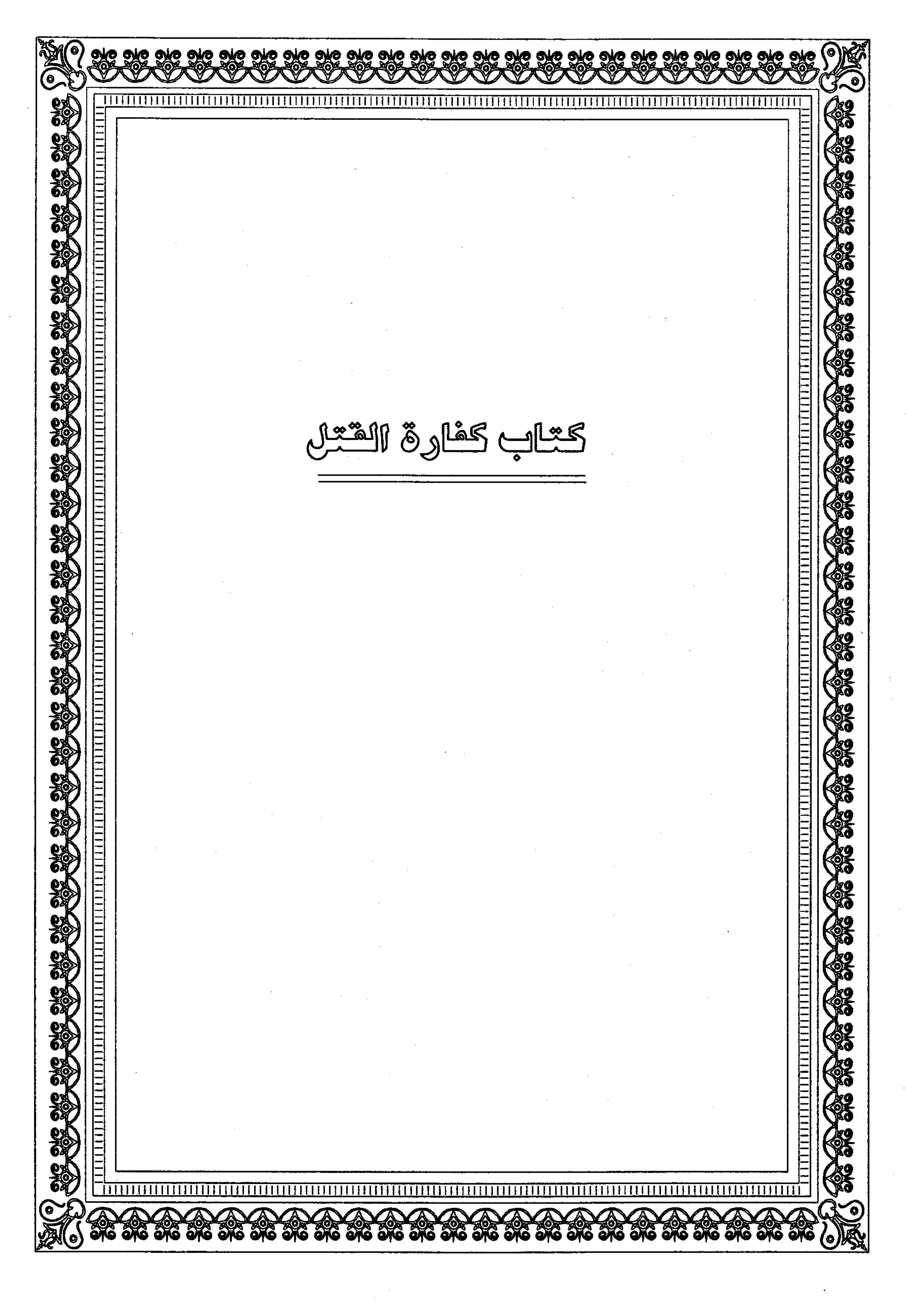
فرع : إذا بقي على الأم شَيْنٌ وجراحةٌ ، ضُمَّ إلى الغرة حكومةٌ لها ، فإن لم يكن إلا الألم اندرج تحت الغرة .

هذا [١] تمام النظر في الدية والقصاص من موجبات القتل ، فلنذكر الموجب الثالث وهي الكفارة [٢] .

* * *

(١) في (أ) : « وهذا » .

(٢) في (أ) : « وهو الكفارة » .



كتاب كفارة القتل

وهي تحرير رقبة مؤمنة ، فإن لم يَجِدْ فصومُ شهرين ، (1 ولا مَدْخَلَ للطعام فيه 1) ، ولا يُقَاس على كفارة الظهار ؛ لأن الآية فَصَّلتِ الأمرين جميعًا (2) ، وفرق بينهما (3) ، لا كالرقبة في الظهار ، فإنها أطلقت ، فجاز أن يقاس على النص (4) في القتل . وحكى صاحب « التقريب » وجهًا في القتل : أن الإطعام يثبت فيه قياسًا على الظهار .

ثم [على] (5) المذهب ، لو مات قبل الصوم (6) ، فيخرج عن كل يوم مُدّ ، لا بطريق كون الإطعام بدلًا لكنْ كما يخرج عن صوم رمضان .

هذا صفة الواجب ، فأما الموجب فأركانُه ثلاثة : القتل ، والقاتل ، والقتيل .

أما القتل : فهو كل قَتْل غير مباح ، فتجب بالسبب والمباشرة ، وحفر البئر ، والخطأ والعمد ، ولا تجب في قتل الصائل والباغي ومَنْ عليه القصاص ، والرجم ؛ لأنه مباح ، والخطأ ليس بمباح وإنْ لم يكن محرمًا أيضًا .

وأما القاتل : (7 فشرطُه أن يكون ملتزمًا حيًّا 7) ، فلا تجب على الحربي ، وتجب على الذمي (8 والصبي والمجنون 8) .

ولو جامع الصبيُّ في نهار رمضان فلا كفارة ؛ إذْ لا عدوان ، والعدوانُ ليس بشرط في القتل .

وفي كفارات الإحرام وجهان ؛ لأنها نتيجة عبادة بدنية [وقد صحت منه العبادة

---

(1) في (أ) : « ولا يدخل الطعام فيها » .

(2) وآية كفارة القتل ، هي قوله تعالى : ﴿وما كان لمؤمن أَنْ يَقْتل مؤمنًا إلا خطأ ، ومَنْ قتلَ مؤمنا خطأ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة ... ﴾ . الآيَة [٩٢ : النساء] . وآية كفارة الظهار هي قوله تعالى : ﴿والذين يُظَاهرون مِنْ نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحريرُ رقبةٍ من قبل أن يَتَماسَّا ... ﴾ الآيتان [٣ ، ٤ : المجادلة] .

(3) في (أ) : « وفرقت بينهما » .

(4) في (أ) : « على المفصل » .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (أ) ، (ب) : « الصيام » .

(7) في(أ) ، (ب) : « فشرطه أن يكون حيًّا ملتزمًا لأحكام الإسلام » .

(8) في (أ) : « والمجنون والصبي » .

البدنية] [(١)] . وفي صحة صومه عن الكفارة قبل البلوغ وجهان ؛ (٢ لأنها عبادة بدنية ، ولكن لزم في الصبي ٢) .

وأما « الحيّ » فاحترزنا به عمن حفر بئرًا فتردّى فيها بعد موته إنسان ، ففي وجوب الكفارة في تركته وجهان ، ووجْهُ الإسقاط : أن الكفارة عبادة بدنية فلا يُنْشأ وجوبها بعد الموت . وعليه ينبني الخلافُ في أن مَنْ قتل نفسه ، هل تُخْرج كفارتُه من تركته ؟ ، ولِغَلَبَةَ شائبة العبادة قضينا بأنّ جماعة إذا اشتركوا في قتلِ واحدٍ ، فعلى كل واحدٍ كفارةٌ كاملة . وفيه وجه : أنها تتجزأ كما في [جزاء] [(٣)] الصيد .

أما القتيل : فشرطُه أن يكون آدميًا معصومًا ، والجنينُ آدميّ . وخرج منه الأطراف والبهائم ، ودخل تحت المعصوم الذميُّ والمعاهدُ . والعبدُ إذا قتله السيدُ لزمتْه الكفارة .

وخرج منه الحربي والنساءُ والذراري من الكفار ؛ إذ لا عاصِمَ ، والامتناعُ من قتلهم لمصلحة المال .

ودخل تحته المسلمُ في دار الحرب كيفما قُتِلَ . نعم ، الدية قد تَسْقط قطعًا مهما رمى إلى الكفار ولم يعلم أنّ فيهم مسلمًا فأصاب مسلمًا . ولو علم أن فيهم مسلمًا ، وقصد الكافر فأصاب المسلم ، وجبت الدية قطعًا . ولو قصد شخصًا معينًا ظَنَّه كافرًا – وكان قد أسلم قبله وبقي عَلَى زِيِّ الكفار – ففي الدية قولان ، وطردَ الشيخ أبو محمد القولين فيما إذا علم أنّ فيهم مسلمًا ولكنْ مال السهْمُ إلى غيرِ مَنْ قَصَدَ .

هذا تمام النظر في موجبات القَتْل ، فَلْنَخصَّ في الحجج المثبتة له كتاب « دعوى الدم ، والقسامة ، والشهادة فيه » .

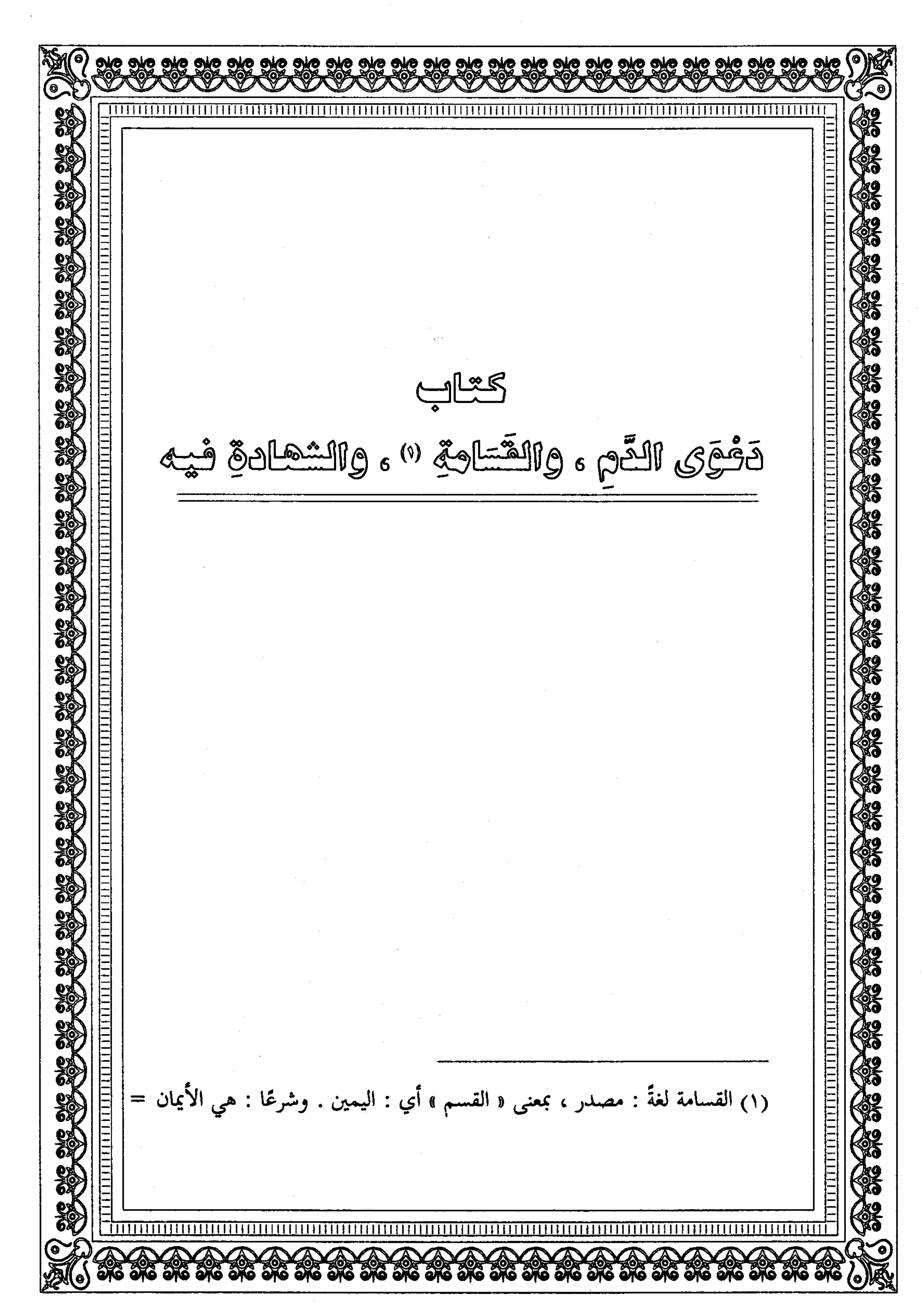
* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) « لأن الصوم عبادة بدنية ، ولكن لزمت الصبي » .

(٣) زيادة من (أ) .



كتاب
دَعْوَى الدَّمِ ، والقَسَامَةِ [1] ، والشَّهادَةِ فيه

(١) القسامة لغةً : مصدر ، بمعنى « القسم » أي : اليمين . وشرعًا : هي الأيمان =

فهذه ثلاثة أمور :

الأول : الدعوى . ولها خمسة شروط :

الأول : أن تكون متعلّقة [1] بشخص معين ؛ فلو قال [2] : قُتِل أبي ، لم تُسمع . ولو قال : قَتَل هؤلاء جميعًا ، وتُصُوِّر اجتماعُهم على القتل : قُبِلَ . [3]ولو قال : أحدُ هؤلاء العشرة [3] ، ولا أَعرف عيْنَه ، فوجهان :

أحدهما : لا تُسْمع ؛ للإبهام [4] .

والثاني : تُسمع ؛ للحاجة [5] ولا ضرر على المدعى عليه [5] ، بل كلُّ واحدٍ يَقْدر على يمين

= المكررة في دعوى القتل ، وهي خمسون يمينًا من خمسين رجلًا ، يُقْسمها - عند الحنفية - أهلُ المحلة التي وُجِدَ فيها القتيل ، ويتخيرهم وليُّ الدم ؛ لِنفي تهمةِ القتل عن المتهم ، فيحلف الواحد منهم : باللّه ما قتلتُه ولا علمتُ له قاتلا .

وعند الجمهور : يحلفها أولياء القتيل لإثبات تهمة القتل على الجاني ، بأن يحلف كل واحد منهم : باللّه الذي لا إله إلا هو ، لقد ضربه فلانٌ فمات ، أو لقد قتله فلانٌ .

فإن نكل بعضهم - أي بعض ورثة القتيل - عن اليمين ، حلف الباقي جميعَ الأيمان ، وأخذ حصته من الدية . وإن نكل الكلُّ ، أو لم يكن هناك لوث - وهي قرينة القتل أو وجود عداوة ظاهرة بين القتيل والمتهمين بقتله : ترد اليمين على المدعى عليه ليحلفَ أولياؤه خمسين يمينًا . فإن لم يكن له أولياء ، حلف المتهمُ الخمسين يمينًا ، وبرىء . انظر التشريع الإسلامي الجنائي للشهيد عبد القادر عودة (٢/٣٢٢) ، الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٦/٣٩٣ ، ٣٩٤) .

(١) في الأصل : « متعلقا » والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ولو قال » .

(٣) في (أ) : « ولو قالوا : قتله واحدٌ من هؤلاء العشرة » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠/٣) .

(٥) في الأصل : « ولا ضرر للمدعى عليه » والمثبت من (أ) .

صادقة ، لكنهم لو نكلوا بأجمعهم [١] أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة .

والوجهان يجريان في دعوى الغصب [٢] والإتلاف والسرقة ، ولا يجري في الإقرار [٣] والبيع إذا قال : نسيت ؛ لأنه مقصر . وقيل : يجري في المعاملات . وقيل : لا يجري إلا في الدم .

الثاني : أن تكون الدعوى مُفَصَّلة في كَوْن القتل عمدًا أو خطأً ، انفرادًا أو شركة ، فإنْ أَجْمل دعواه : اسْتَفْصَل القاضي ، وقيل : يُعْرِض عنه ؛ لأن الاستفصالَ تلقينٌ ، وهو ضعيف .

فرع : لو قال : قَتَل هذا أبي مع جماعة ، ولم يذكر عدَدَهم : [٤ فإن كان مطلوبُه المالَ لم تصحَّ الدعوى ٤] ؛ لأن حصة المدعى عليه إنما تبين [٥ بحصة الشركاء ٥] . وإن كان مطلوبُه الدمَ ، وقلنا : يوجِبُ العمدُ [٦] القودَ المحضَ / فالظاهرُ صحتُه . ٢٤٧/ب

وإن قلنا : أحدُهما لا بعينه ، فوجهان .

الثالث : أن يكونَ المدعِي مُكلفا ملتزمًا حالة الدعوى ، وكونُه صبيًّا أو مجنونًا أو جنينًا حالة القتل لا يضرُّه ؛ إذ يُعْرف ذلك بالتَّسَامُع .

الرابع [٧ أن يكون المدَّعَى عليه مكلفًا ٧] ؛ فلا دعوى على صبيّ ولا مجنون . وتصحُّ الدعوى على السفيه فيما ينفذ به [٨] إقرارُه كالقصاص . وبإقراره [٩] بإتلاف المال قولان .

---

(١) النكول عن اليمين : هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٤٨٨) .

(٢) في الأصل : « والوجهان الجاريان ... » . وفي (أ) : « والوجهان في دعوى الغصب » .

(٣) في (أ) : « الإقراض » .

(٤) في (أ) : « فإن كان يريد المال ، لم تُسْمع الدعوى » .

(٥) في (أ) : « بالتوزيع على الشركاء » .

(٦) في (أ) : « موجب العمد » .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٨) في (أ) : « فيه » .

(٩) في (أ) : « وفي إقراره » .

فإنْ رَددناه [1] سمعنا الدعوى لِيُنْكِر فيقيم البينة . وهل تُعرض اليمينُ إذا أنكر ؟ إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة : تُعْرض عليه رجاءَ النكول . وإن قلنا : [2] كالإقرار [2] ، فلا فائدة في نكوله . ولكن هل تُعْرض اليمين ؛ فعَسَاه يحلف فتنقطع [3] الخصومة في الحال ؟ فيه وجهان ، الأصح : أنه تُعْرض .

الخامس : أنْ تنفكَّ الدعوى عما يُكَذّبها ، فلو ادعى على شخص أنه مُنْفرد بقَتْلِ أبي ، ثم ادعى على غيره بأنّه شريكٌ : لم تُسمع الثانية ؛ لأن الأُولى تُكَذّبه [4] . فإن [5] أقر الثاني ، وقال المدعي : كذبتُ في الأولى ، أو أخطأتُ [6] ، فالصحيح : أن له مؤاخذته ؛ لأن الغلط ممكنٌ والحقُّ لا يعدوهما .

ولو ادعى العمدَ واسْتُفْسِرَ [7] فَذَكر ما ليس بعمدٍ ، ففي بُطْلانِ دعواه لأصلِ القتل وجهان ، الأظهر : أنه لا تَبْطل ؛ لأن الكذب في التفصيل ليس مِنْ ضرورِه [8] الكذبُ في الأصل .

ولو قال : ظلمته [9] فيما أخذت ، فَنَسْتَفْصِلُه ، فإن قال : كنتُ كاذبًا في دعواي ، اسْتُرِدَّ المالُ . وإن قال : أخذتُ بالقسامة وأنا حَنَفيّ ، لا يُسْترد ؛ إذ لا يُعْتبر في الأحكام رَأْيُ الخصمين بل رأيُ الحاكم .

* * *

---

(1) في (أ) : « فإن رددنا » .

(2) في (أ) : « لا ، كإقرار » .

(3) في (أ) : « فتقطع » .

(4) في (أ) : « تكذبها » .

(5) في (أ) : « فلو » .

(6) في (أ) : « وأخطأت » .

(7) أي طُلب منه أن يُفَسِّر هذا الوصف .

(8) في (أ) : « ليس من ضرورته » وهو أوضح .

(9) في (أ) : « ظلمت » .

النظر الثاني

في القسامة

والنظر في أربعة أركان :

الأول : بيانُ مَظِنَّتِه [1] . وهو قَتْلُ الحرِّ في محلِّ اللوث ؛ فلا قسامةَ في الأموال والأطراف ؛ لأنَّ البدايةَ بالمدعي وتعديدَ اليمين خمسين : خارجٌ عن القياس ثَبَت لحرمةِ الدم ؛ فلا يُقاس عليه الطرف والمالُ . وفي قتل العبد قولان ؛ لتردُّدِه [2] بين الدم والمال [2] . وإذا جرح مسلما فارتدَّ ومات وقلنا : الواجب بعضُ الدية ، جَرَتِ القسامة فيه ؛ لأنه بعضُ بدلِ الدم .

وأما اللوث ، فنعني به علامةً تُغَلِّب على الظنِّ صِدْقَ المدعي ، وهو نوعان : قرينةُ حالٍ ، وإخبار .

أما الحال : فهو أن يُصادَف قتيلًا في محلةٍ بينَه وبينهم عداوةٌ ، أو دخل عليهم ضيفًا فَوُجِدَ قتيلًا ، أو تفرَّق جماعةٌ محصورون عن قتيلٍ ، أوتَفَرَّقَ صفان متقاتلان عن قتيل في صف الخصم ، أو وُجِدَ قتيلٌ في الصحراء وعلى رأسه رجلٌ ومعه سكين مُتَضَمِّخ بالدم [3] ، فهذا وأمثالُه هو اللوث . وقولُ المجروحِ : قَتَلَني فلانٌ ، ليس بلوثٍ ؛ لأنه مُدَّعٍ ، خلافالمالك (رحمه اللّه) [4] .

وأما الإخبار ، فشهادةُ عدلٍ واحد – تُقْبل شهادته – لوثٌ . وكذا مَنْ تُقْبَل روايتُه على الأقيس . وقيل : لابُدَّ في النسوان [5] والعبيد من عدد .

---

(١) في (أ) : « بيان مظنتها » .

(٢) في (أ) : « بين المال والدم » .

(٣) أي متلطخ بالدم . يقال : ضمخه بالطيب فتضمخ ، بمعنى لطّخه . انظر المصباح المنير (٢/٥٥٥) مادة (ض م خ) .

(٤) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٦٠٠) .

(٥) في (أ) : « من النسوان » .

وأما العددُ من الصِّبْيَة والفسَقة ، ففيهم خلافٌ ؛ لأنه يَحْصُل بقولهم ظنٌّ ، لكن الشرع لايَلْتفت إليه ، فيضاهي – من أوجهٍ [1] – قرينةَ عدالةِ المدعي في صِدْق لهجته .

وأما مُسْقِطاتُ اللوثِ فخمسةٌ :

الأول : أنْ يتعذّر إظهاره [2] عند القاضي ، فلا فائدة فيما ينفرد المدعي بدعواه . نعم ، لو ظهر عند القاضي لوثٌ على جَمْعٍ ، فللمدعي أنْ يُعَيِّنَ شخصًا منهم ؛ إذ يَعْسُر إثباتُ اللوث في المعيّن ولو كان اللوثُ [3] في قتيل خيبر مُتَعَلِّقًا بجميع اليهود . نعم ، لو قال : القاتلُ واحدٌ منهم ولسْتُ أعرفه ، لم تمكنه القسامة .

فإن[4] حلفوا إلا واحدًا [4] كان نكوله لوثًا ، فيجوز له أنْ يحلف على تعيينه .فلو نكل جميعُهم وأراد أن يعيِّن واحدًا وزَعَم أنه ظهر له الآن لوث معين : ففي تمكينه منه وجهان . وَجْهُ المنع : أنه سبق الاعترافُ منه في الجهل [5] .

الثاني : إذا ثبت اللوثُ في أصل القتل – دون كونه خطأً أو عمدًا – ففي القسامة على أصل القتل وجهان . وَجْهُ المنع : أن القتل المطلق لا موجب له ؛ فإنّ العاقلة لا يَلزمها شيء مالم يكن خطأً ، والجاني لا يَلزْمه ما لم يكن عمدًا .

الثالث : أنْ يَدعي المدعى عليه كَوْنَه غائبًا عن البلد عند القتل ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، وتُسْقِط يمينُه أَثَرَ اللوث .

فإنْ تعارضت بينتان في حضوره وغَيْبتِه : تساقَطَتَا ، إلا إذا تعرَّض [6] بينةُ الغيبة لعدم الحضور [فقط] [7] فيكون ذلك شهادة النفْي ، بخلاف ما إذا ذَكَر مكانَه الذي غاب إليه .

ولو كان وَقْتَ القتل محبوسًا أو مريضًا مُدْنفًا – ولم يمكن كونُه قاتلًا إلا على بُعْد – ففي

---

(١) في (أ) : « من وجه » .

(٢) في (أ) : « إحضاره » .

(٣) كلمة « اللوث » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن نكلوا إلا واحدًا » .

(٥) في (أ) : « الجهل » .

(٦) في (أ) : « تعارضت » .

(٧) زيادة من (أ) .

سقوط اللوث به وجهان .

ومهما حُكم بالقسامة ، فأقام بينةً على الغيبة نُقِضَ الحكم ؛ لأنّ القسامةَ ضعيفةٌ / . ٢٤٨/أ

الرابع : لو شهد شاهد بأنَّ فلانًا قَتَل أحدَ هذين القتيلين ، لم يكن لوثًا . ولو قال : قَتَل هذا القتيلَ أحدُ هذين الرجلين فهو لوثٌ ، هكذا قاله القاضي مُفَرِّقًا بين إبهام القاتل وإبهام القتيل .

وقيل [١] بإسقاط اللوث في المسألتين ، والفرقُ أوضح ؛ لأنَّ تعيينّ القاتلِ غيْرُ عسيرٍ دون تعيين القتيل [١] .

الخامس : تَكاذُبُ الورثة . فلوا دعى أحدُ الاثنين فى محل اللوث ، فكذّبه الآخرُ ، فيه قولان :

اختيارُ المزني (رحمه اللّه) : أن اللوث لايَبْطُل ؛ لأن للورثة أغراضًا في التكذيب والتصديقِ .

والثاني : أنه يَبْطل ؛ لأن اللوثَ ضعيفٌ ، وهذا يُضْعِف الظنَّ .

فإن قلنا : يبطل ، فلو قال أحدهما : قَتَل أبانا زيدٌ ورجلٌ آخر لا نَعْرفه . وقال الآخر : قَتَله عمرو ورجلٌ [آخر] [٢] لا نَعْرفه . فلا تَكَاذُبَ [٣] ؛ فلعلَّ مَنْ لا يَعْرفه [٣] ، هو الذي ادّعاه أخوه ، إلا أن يُصَرح بِنَفْي ما ادعاه .

ثم [٤] مُدَّعي زيدٍ [٤] اعترف بأن الواجب على زيد نصفُ الدية ، وحصتُه منها الربع ، فلا يطالب إلّا بالربع ، وكذا مدعي عمرو .

---

(١) في (أ) : « ومن الأصحاب من قال : يُنْفَى اللوثُ من الموضعين ؛ لأنهما لم يُثْبتا في الرجلين شيئًا حاملًا على القتل ، بخلاف ما لو أثبت عداوته بينهما ثم استبهم القتيل بينهما . والأصح هو الفرق ؛ لأن تعيين القاتل عسيرٌ ؛ لأنه مشترط في ثبوت اللوث بعينه بخلاف تعيين القتيل » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فلعلّ ما لايعرفه » .

(٤) في (أ) : « ثم المدعي على زيد » .

وليس مِنْ مبطلات اللوثِ عندنا أنْ لا يكون على القتيل أثرٌ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ القتلَ بالتخنيق ممكنٌ بحيث لا يَظْهر أثره (١) .

الركن الثاني : في كيفية القسامة .

وهو أن يحلف المدعي خمسين يمينًا متوالية بعد التحذير والتغليظ ، وتفصيلُ الدعوى في اليمين كما في سائر الأَيْمَان . وهل يُشْترط أن تكون في مجلس واحد ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أن للموالاة وَقْعًا في النفس ، فيحتمل (٢) أن تكون واجبًا .

فإن قلنا : واجب (٣) ، فإذا جُنَّ ثم أفاق ، بَنَى (٤) ؛ لأنه معذورٌ .

ولو عُزِلَ القاضي ، استأنَف (٥ عند قاضٍ آخر ٥) . ولو مات في أثنائه ، فالوارثُ لا يَبْني ، بل يَسْتأنف . وقال الخِضْري : يبني الوارثُ .

وفي جواز القسامة في غَيْبة المدْعَى عليه (٦) وجهان ، وجه المنع (٧) : أن اللَّوْثَ إنما يَظْهر إذا سلم عن قَدْح الخصم ، فيضعف في غَيْبته .

هذا إذا كان الوارث واحدًا ، فإن كانوا جَمْعًا (٨ فتُوَزَّع عليهم الخمسين ٨) ؟ أو يَحْلف كلُّ واحد خمسين ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أنه يُوزّع ؛ لأن جملتهم في حكمِ شخصٍ واحد .

والثاني : لا ؛ لأنّ قَدْرَ حقِّ كلِّ واحدٍ ، لا يثبت بيمين المدعي إلا بخمسين ؛ إذ لا خلاف أنه لو نكل واحدٌ ، وجب على الآخر أنْ يحلف تمامَ الخمسين ، فكيف يستحق بيمينِ غيره ؟! .

---

(١) انظر الهداية (٥٦٧/٤) .

(٢) في الأصل : « يحتمل » . والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « واجبة » .

(٤) أي بنى على ما سبق من الأَيْمان التي حلفها قبل جنونه .

(٥) في (أ) : « عند القاضي الآخر » .

(٦) في (أ) : « المدعى » وهو خطأ .

(٧) في (أ) : « ووجه المنع » .

(٨) في (أ) : « فتُوَزَّع عليهم الخمسون » .

وإن قلنا بالتوزيع ، فَلْتُنَبِّهْ (1 على ثلاثة أمور 1) :

الأول : أنهم لو كانوا ثلاثة ، والواحد حاضر ، والآخران صغيران أو غائبان ، فغيبتُهم كنكُولِهم ، فيحلف الحاضرُ خمسين ، ويأخذ ثلث الدية ، فإذا حضر الآخرُ حلف نصف الأيمان وأخذ ثلثَ نفسه ، والثالث يحلف ثُلُثَ الأيمان ويأخذ حصةَ نفسه .

الثاني : أنَّ التوزيع بالميراث ؛ فمن يستحق الثمنَ أو السدس ، حلف بقدره [2] ، فإن انكسر كمل المنكسر ، فإن كانوا ستين حلفوا ستين ، كل واحد يمينًا ، ولا يمين على إخوة الأب في مسائل المعادّة .

الثالث : لو كان في الورثة خُنْثى ، حلف كلُّ واحد أكثر ما يُتَوهَّم أن يكون نصيبه ، ويُعْطَى أقلَّ ما يُتَوهّم ؛ أخذًا بالأحوط في الجانبين .

فلو خلَّف ولدًا خنثى وأخًا لأب ، حلف الخنثى خمسين ؛ لاحتمالِ أنه مستغرق ، وأخذ نصف الدية لاحتمال أنه أنثي .

فإذا [3] أراد الأخُ أن يحلف ، فيحلف خمسًا وعشرين . وفائدتُه : أن ينتزع [4] النصف من يدي الجاني ، ويُوقَف بينه وبين الخنثى . فإنْ بانتْ أنوثتُه سلم إلى الأخ بيمينه السابق [5] ، وإن بانت الذكورة ، سلم إلى الخنثى باليمين السابقة .

(6 ولو خلف ولدًا 6) خنثى وبنتًا ، حلف الخنثى ثُلثي الأيمان ؛ لاحتمال أنه ذكر ، وأخذ ثلثَ الدية لاحتمال أنه أنثى ، وحلفت البنت نصف الأيمان ؛ لاحتمال أنَّ الخنثى أُنثى ، ولم يُعْتَدّ من أيمانها [7] إلا بالنصف ، (8 ثم تأخذ 8) ثلث الدية ، والثلثُ الباقي متروكٌ في يد المدعى عليه موقوفٌ بينهما وبين بيت المال ، وليس لبيت المال نائب حتى يحلف عنه ؛ فنعود إلى القياس في

(١) في الأصل : « بثلاثة » .
(٢) في (أ) : « يحلف بقدره » .
(٣) في (أ) : « فإن » .
(٤) في (أ) : « ينزع » .
(٥) في (أ) : « ليمينه السابقة » .
(٦) في (أ) : « وإن خلف ولدًا » . وفى الأصل « والدًا » .
(٧) في (أ) : « أيمانه » .
(٨) في (أ) : « ويأخذ » .

تصديق المدعى عليه .

هذا كله في يمين المدعي . فأما سائرُ الأيمان في الدم فَكَيَمِينِ [1] المدعى عليه واليمين مع الشاهد ، ففي تعدده [2] خمسين قولان ، منشؤهما : أنَّ علة العدد الميلُ عن القياس بتصديق المدعي أو حرمة الدم ؟. والقولان جاريان في الأطراف ، مع القطع بأن القسامةَ غيرُ جاريةٍ فيها . فإن قلنا : لا تتعدد ، فلو بلغ الأرشُ مبلغ الدية ، فقولان . وإن قلنا : تتعد ، فلو نقص ففي التوزيع قولان .

فرعان

أحدهما : لو شهد واحد على اللَّوْث ، وقلنا : يتحد اليمين مع الشاهد ، فإنْ / استعملنا ٢٤٨/ب الشهادة في القتل وجاء بصيغة الشهادة ، حلف معه يمينًا واحدة . وإن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث حلف معه خمسين يمينًا .

الثاني : إذا ادعى على اثنين أنهما قَتَلا ، ففي توزيع الخمسين – على قول التعدد [3] من القولين – ما في التوزيع على الوارثين .

الركن الثالث : في حكم القسامة . وفيه قولان :

القديم : أنه يُنَاط به القصاص كما يُنَاط به [4] حدُّ المرأة بلعانِ الزوج [5] .

والجديد : أنه لا يُنَاط به إلا الديةُ ؛ لأن سَفْكَ الدم بقول المدعي بعيدٌ ، وأما المرأة ، فإنها تقدر على دفع لعانه بلعانها .

---

(١) في الأصل : « كيمين » . والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ففي تعددها » .

(٣) في (أ) : « التعديد » .

(٤) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٥) يعني أن المرأة إذا لاعنها زوجها ، فشهد أربع شهادات إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا ، والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين – فإذا لم تحلف المرأة أيضًا على نفي ما ادعاه ، حُدَّتْ عند الشافعية . وقد سبق تفصيل هذه المسألة في « اللعان » .

ثم إن حلف على القتل خطأ طَالَبَ العاقلَة . وإن حلف على العمد طالب الجاني . وإن نكل عن القسامة ومات ، لم يكن لوارثه أن يحلف .

ولا يَسْقط حقُّه عن تحليف المدّعَى عليه ؛ لنكوله عن القسامة . فإن نكل المدعى عليه ، فأراد المدعي أن يحلف اليمين المردودة ، ففيه قولان :

أحدهما : المنع ؛ لأنه نكل مرة .

والثاني : لا ؛ لأنه نكولٌ عن القسامة ، وهذه [1] يمين أخرى ، وكذا إذا أراد أن يحلف مع الشاهد بعد النكول عن اليمين المردودة أو القسامة .

ومنشؤه : أنَّ المدعى عليه – بعد أن صرح بالنكول – ليس له الرجوع إلى اليمين ؛ لأنه تعلّق به حقّ المدعي . أما نكولُ المدعي عن اليمين المردودة في الحال [2] لا تَمْنَعُه من الرجوع إليه ؛ فإنّه حقُّه [2] فلا يسقط بالتأخير . [3] ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه فى انقلاب التصديق إليه : يُشْبه يمين المدعى عليه [3] .

الركن الرابع : فيمن يحلف أيمان القسامة . وهو كل من [4] يستحقُّ بدلَ الدم [4] وفيه أربعةُ فروع :

الأول : إذا قُتِلَ عَبْدُ المكاتب – وأجرينا القسامة في العبد – حلف المكاتب ؛ لأنه المستحق ، فإن عجز عن النجوم قبل النكول حلف السيد ؛ إذ صار مستحِقًا . فإن عجز بعد النكول لم يحلف السيد كما لايحلف الوارث بعد نكول الموروث .

الثاني : لو قتل عَبْدَه فأوصى بقيمته لمستولدته ومات ، فللورثة أن يقسموا وإن كانت

---

(١) في الأصل : « وهذا » والمثبت من (أ) . .

(٢) في (أ) : « فلا تمنعه من الرجوع إليها ؛ فإنها حقُّه » .

(٣) في (أ) : « ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه في انقلاب التصديق عند نكول المدعي – نازلٌ منزلة اليمين المردودة في حق المدعى عليه ، وليس للمدعى عليه الرجوع إلى اليمين بعد النكول ، كذلك المدعي في القسامة ليس له الرجوع إلى اليمين عند نكول المدعى عليه ؛ تشبيهًا بيمين المدعى عليه » .

(٤) في (أ) : « يستحق الدم » .

القيمة للمستولدة ؛ لأن لهم حظًّا في تنفيذ وصية مورثهم .

ولو أوصى [1] بعينٍ لغيره ، فادعاه [2] مستحق ، ففي حلف الوارث [3] لتنفيذ الوصية ترددٌ ، ووجه الفرق : أن المستولدة مُدَّعية ، وتصديقُها بالقسامة على خلاف القياس ، ولم تكن صاحبة حقّ عند القتل ، فكان الوارث أولى به .

ومهما حلف الورثة سلمت القيمة لِأُمِّ الولد . فإن نكلوا ، ففي قسامة المستولدة قولان ، وكذا في الغرماء إذا أرادوا أن يحلفوا أيمان القسامة عند نكول الوارث لِتُقْضَى من الدية ديونُهم . ووجهُ المنع : أن القسامة لإثبات القتل ممن يُدْلي بسبب الحق عند القتل ، وهؤلاء تجدد حقُّهم بعد القتل .

وإن قلنا : لا يحلفون أو نكلوا فللوارثِ - ولهم - طلبُ يمين المدعي ، أما الوارث فَلِغرض التنفيذ ، وأما هم فَلِغَرضِ الاستحقاق .

الثالث : إذا قطع يد العبد ، فعتق ومات ، فعلى الجاني كلُّ الدية . فإن كانت الدية مثل نصف القيمة انفرد السيد بالقسامة ؛ لأنه مستحق الجميع . وإن فرعنا على أنه لا قسامة في بدل الرقيق فهاهنا وجهان ؛ [4] لأنه ديةُ حرٍّ بالاعتبار الآخر [4] ولكنْ صُرِف [5] إليه ؛ لأنه [6] جناية على الرقيق .

ثم إن كان الواجب فاضلا عن أرش اليد ، فَيُصْرف الفاضل إلى الورثة ، ويتصدّى النظر في توزيع اليمين أو تكميلها .

الرابع : إذا ارتد الوليُّ ثم أقسم ، فإن قلنا : لا مِلْكَ للمرتد ، بطل يمينُه . وإن قلنا : له الملك ، صحّ وثبت الدية . وإن قلنا : موقوفٌ ، فالنص أنه يصح ويُصرف إلى بيت المال فيئًا إن قتل المرتد .

---

(١) في (أ) : « ولو وصَّى » .

(٢) في (أ) : « فادَّعاها » .

(٣) في (أ) : « الورثة » .

(٤) في (أ) : « لأن الواجب دية حُرّ لاعتبار الآخر » .

(٥) في (أ) : « صرفت » .

(٦) في (أ) : « لأنها » .

وفيه إشكال ؛ إذْ بَانَ أنه لم يكن مستحقا ، فكيف يثبت بحلفه ؟ فمنهم من قال : فَرَّعَ الشافعي (رضي اللّه عنه) على قول بقاء الملك . ومنهم من عَلّلَ بأنه على الجملة سببُ استحاق الدية [لأنه كان مسلمًا حال القتل] (١) ، فلا يكون يمينه كيمينَ الأجنبي .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

النظر الثالث من الكتاب
في إثبات الدم بالشهادة

ولها شروط :

الأول : الذكورة ؛ فلا يثبت القصاص برجل وامرأتين ، (1) ويثبت القتل الموجبُ للمال برجل وامرأتين (1) . فإن كان موجبًا للقود عند الشهادة ، ثم رجع إلى المال ، لم يُسْتوف [المال] (2) بتلك الشهادة ؛ لأنها كانت باطلة في الحال . ولو أُنشئت الشهادة – بعد العفو على مال – فوجهان ، وجه المنع : أن أصل القتل كان موجبًا للقصاص .

فرع : نص الشافعي (رضي اللّه عنه) أنه لو شهد رجل وامرأتان على هاشمة / مسبوقة ٢٤٩/أ بإيضاح ، فكما لا يثبت الإيضاح الموجب للقصاص لا يثبت الهَشْمُ في [حق] (3) الأرش . ونَصَّ على أنه (4) لو شهدوا على أنه رمى عمدًا إلى زيدٍ ، فَمرقَ السهْمُ وأصابَ غيْرَه خطأ ، أن الخطأ يثبت . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، ومنشؤهما : أن الشهادة واحدةٌ وقد سقط بعضُها ، فهل يسقط الباقي ؟. ومنهم مَنْ فرّق ؛ لأن قتل عمرٍو منفصلٌ عن قتل (5) زيد ، والهَشْمُ لا ينفصل عن الإيضاح .

ولا خلاف على (6) أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ ، فشهدوا وذكروا هذه الكيفية – وهو (7) مروق السهم من زيد – لم يَقْدح في الشهادة ؛ لأن زيدًا ليس مقصودًا بالشهادة . و كذلك إذا قالوا : نشهد أنه أوضح ، ثم عاد بعد ذلك وهَشَم .

التفريع : إذا أثبتنا أرشَ الهاشمة ، فقد ذُكِرَ في إثبات قصاص الموضحة وأرْشِها (8) على سبيل التبعية – خلافٌ ، وهو بعيد .

---

(1) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(2) زيادة من (أ) .

(3) زيادة من (أ) ، (ب) .

(4) في (أ) : « أنهم » .

(5) كلمة : « قتل » ليست في (أ) .

(6) كلمة « على » ليست في (أ) .

(7) في (أ) : « وهي » .

(8) في الأصل : «أورأسها» والمثبت من (أ) .

الشرط الثاني : أن تكون صيغةُ الشهادةِ صريحة . فلو قال : أشهد أنه جَرَحَ وأنهر الدمَ ، ومات المجروح ، لم يُقْبَل مالم يَقُلْ : قَتَلَه [١] ؛ إذ ربما يموت بسبب آخر ، والموت عقيب الجراحة يُعرف أنه بالجراحة بقرائن خفية ، فلا يُغْني [٢] إلا ذِكْرُ القتل . وذكر العراقيون وجهًا : أنه يكفي ؛ كما تقوم الشهادةُ [٣] على اليد والتصرّف [٣] مقامَ المِلْك ؛ لأنه مستند العلم .

ولو قال : أشهد أنه أوضح رأسَه ، لم يَكْفِ مالم يُصَرح بالجراحة وإيضاح العظم .

فإنْ صَرَّح وعجز عن تعيين محلّ الموضحة - لالتباسها بموضحات على رأسه - سقط القصاصُ ، وفي الأرش وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما إذا شهد رجل وامرأتان على موضحة عمدًا ، فإنه إذا لم يثبت المقصود لم يثبت غيره .

والصحيحُ : أنه يَثْبت ؛ لأنه لا قُصورَ في نفس الشهادة ، وإنما التعذُّر في استيفاء القصاص .

ولو شهد على أنه قَتله بالسحر ، لم يُقْتلْ ؛ لأن ذلك مما لا يُشَاهَد وَجْهُ تأثيره ، فالقتلُ بالسحر لا يَثْبت إلا بالإقرار . ثم قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قال الساحر : أَمْرَضَه سِحْري ، ولكنْ مات بسبب آخر ، فلولِّي الدمِ القسامةُ ، واعترافُه بالمرض لَوْثٌ . وهذا يدل على أنَّ المقِرَّ بالجرح إذا ادعى أن الموت بسبب آخر يُجْعل إقراره لَوْثًا . وقد قيل : إن القولَ قولُ الجاني ، وهو جارٍ في السحر .

فإن قيل : تَعَلُّمُ السحرِ حرامٌ أم لا ؟ قلنا : إن كان فيه مباشرةُ محظورٍ : من ذكر سُخْفٍ ، أو ترك صلاة ، فذلك هو الحرام ، فأمّا تَعَرُّفُ حقائق الأشياء على ما هي عليها ، فليس بحرام ، وإنما الحرام الإضرارُ بفعل السحر لا بتعلُّمِه [٤] .

---

(١) في (أ) : « قتلني » .

(٢) في (أ) : « فلا يمضي » .

(٣) في (أ) : « على التصرف واليد » .

(٤) في (أ) : « لا تعليمه » .

الشرط الثالث : أنْ لا تتضمن جَرًّا ولا دفعًا (١) . فلو شهد على الجراحة مَنْ يرث المجروحَ : (٢ رُدّت شهادتُه ؛ لأنه ٢) سبب استحقاقه .

ولو شهد الوارثُ للمريض بدَيْن أو عَيْن ، فوجهان . والفرقُ : أن جرح المشهود عليه سببُ الاستحقاق دون الديْن . ولو شهدوا على الجرح وهما محجوبان حال الشهادة ، ثم مات الحاجب أو بالعكس ، فالصحيح : أنّ النظر إلى حالة الشهادة ؛ للتهمةِ . وقيل : قولان كما في الإقرار للوارث .

فإنْ رددنا ، (٣ فلو أعاد بعد الحجب ٣) : لا تُقْبل ؛ كالفاسق إذا أعاد (٤) .

فأما الشهادة الدافعة ، فصورتُها : أنْ تشهد العاقلة على فِسْقِ بيّنة القتل الخطأ (٥) .

ولو شهد اثنان من فقراء العاقلة ، نصّ أنه لا تُقبل . ولو شهد اثنان من الأباعد – مع أن الواجب مُسْتوفًى بالأقارب – نص أنه تُقبل . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إن الفقير أملُه في الغنيِّ قريبٌ ، وتقدير موت الأقارب بعيدٌ ، فلا يُورِث تهمةً (٦) .

الشرط الرابع : أنْ تَسْلَمَ الشهادةُ عن التكاذُب . وفيه صور :

الأولى : إذا شَهِدَا (٧) على رجلين بالقتل ، وشهد (٨) المشهودُ عليهما بأنهما (٩) قتلا هذا القتيل ، نُقدم على هذا مقدمةً ، وهو أن شهادة الحِسْبة تُقْبل في حقوق اللّه تعالى ، وفي القصاص

---

(١) يعني أن لا تجلب الشهادة إلى الشاهدِ نفعًا أو تدفع عنه ضرًّا ، وإلا فتكون في محل تهمة فلا تُقْبل .

(٢) في (أ) : « رُدت ؛ لأنها » .

(٣) في (أ) : « فأعاد بعد الحجب » .

(٤) يعني كشهادة الفاسق إذا أعاد تلك الشهادة بعينها حال كونه عدلًا .

(٥) في (أ) : « قتل الخطأ » .

(٦) في (أ) : « فلا تؤثر تهمة » .

(٧) في الأصل : « شهد » والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٨) في (أ) : « فشهد » .

(٩) أي الشاهدين .

ثلاثةُ أوجه :

أحدها : نعم ؛ صيانةً للحقوق عن الضياع .

والثاني : لا ؛ لأنَّ للدم طالبًا كما للمال .

والثالث : أنه إن لم يعرف المستحق قُبلت الشهادة .

فإنْ قلنا : تُقْبل ، فَتَساوَقَ أربعةٌ إلى مجلس القاضي ، فشهد اثنان على الآخرين بالقتل ، فشهد الآخران على الأَوَّلَين بذلك القتل ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : الردُّ وإنْ قبلنا شهادة الحسبة ؛ إذ هي متكاذبة ، فلا تُرَجَّح [1] .

والثاني : أنا نراجع صاحبَ الحق ونحكم بشهادة مَنْ صَدَّقَهما .

والثالث : [2] أنّ الأُولى صحيحةٌ [2] وشهادةُ الآخريْنِ غير مقبولة ؛ لأنهما دافعان ، ولأنهما صارا عَدُوَّيْن للأَوَّلين . ولكن إثبات العداوة بمجرد الشهادة ، ضعيفٌ .

وإن فرعنا على رَدِّ شهادة الحسبة ، فلو جاء المدعي بعد ذلك لم تنفع / تلك الشهادة . وهل ٢٤٩/ب تُقْبل إعادتها ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ كما لو رُدّ [3] بعلَّة الفسق .

والثاني : نعم ؛ لأنه لم تُرَدَّ بِتُهْمَةٍ .

والثالث : أنهما إن تابا عن المبادرة ، قُبِلت الإعادة .

رجعنا إلى مسألتنا ، فإذا شهد المشهودُ عليهما على الشاهدين ، واستمر المدعي على تكذيبهما : فلا أثر لشهادتهما ؛ لأنهما دافعان وعدوان ومبادران . وإن صدقهما بطل حقُّه بتناقض الدعويين .

---

(١) في (أ) : « فلا ترجيح » .

(٢) في (أ) : « أن الأول صحيح » .

(٣) في (أ) : « رُدت » .

فإن كان ذلك من وكيلٍ ، فلا يؤخذ بإقرار لم يُؤثر في إبطال الدعوى الأُولى . فإن صدق الموكّلُ الآخرين انبنى على أنهما مبادران أو دافعان ؟.

المسألة بحالها ، لو شهد المشهودُ عليهما على أجنبي سوى الشاهدين [1] ، فهما مبادران ودافعان وليسا عدوين . [2] وإن شهد أجنبيان على الشاهدين ، فهما مبادران ، ولَيْسَا دافعين ولا عدوين [2] .

الصورة الثانية : لو شهدوا على القتل ، فشهد أحد الورثة بعَفْوِ بعضهم ، سقط القصاص بقوله من حيث إنه إقرار [3] لا من حيث إنه شهادة حتى تسقط ولو كان فاسقا .

الصورة الثالثة : إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوةً . وقال الآخر : عَشيةً ، فهو تكاذُبٌ ، وكذا إذا نسبا إلى مكانين أو آلتين . وكذا لو شهد أحدهما على الإقرار ، والآخر على القتل ، لم يثبت ؛ لأنهما لم يتفقا على شيء .

ولو شهد أحدهما على الإقرار بالقتل المطلق ، والآخر على الإقرار بالقتل العمد : ثبت أصلُ القتل ؛ فالقولُ قولُ المدعى عليه في نَفْي العمْدية إلا أن يكون ثَمّ لَوْثٌ يَشْهد للعمْديّة ، فتثبت القسامة .

---

(١) يعني غير الشاهدين عليهما .

(٢) في (أ) : « وإن شهد أجنبيان على الشاهدين فكمثله » .

قال الحموي : « قوله في إثبات الدم : (ولو شهد رجلان على رجل بالقتل ، فشهد الشهودُ عليهما بأنهما قتلا هذا القتيل .. إلى قوله : والثالث : أن الأولى صحيحة ويحكم بشهادة من صدقهما ... إلى أن قال : المسألة بحالها : لو شهد المشهودُ عليهما على أجنبي سوى الشاهدين ، فهما مبادران وليسا دافعين ولا عدوين) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (الأولى صحيحة) فإنه ليس كذلك على إطلاقه ، فإنه لو صدق الجميع أو الآخرين ، أو كذب الأولين أو كذب الجميع : لم تكن مقبولة . الثاني : أنه قال : (فهما مبادران وليسا دافعين) وليس كذلك ، فإن المشهود عليهما داعان عن أنفسهما بشهادتهما على الغير .

والجواب عن الثاني أن يقال : ليسا دافعين على الحقيقة ضرورةً ؛ فإن الدفع يقتضي تعلُّقَ دَفْعٍ بخلاف غيرهما . وعن الأول : أن مراده بذلك إذا صدَّق الأولين وكذب الآخرين ، والإشكالان ضعيفان » . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ / ب ، ١٧٢ /أ) .

(٣) في (أ) : « من حيث إنه أقرّ » .

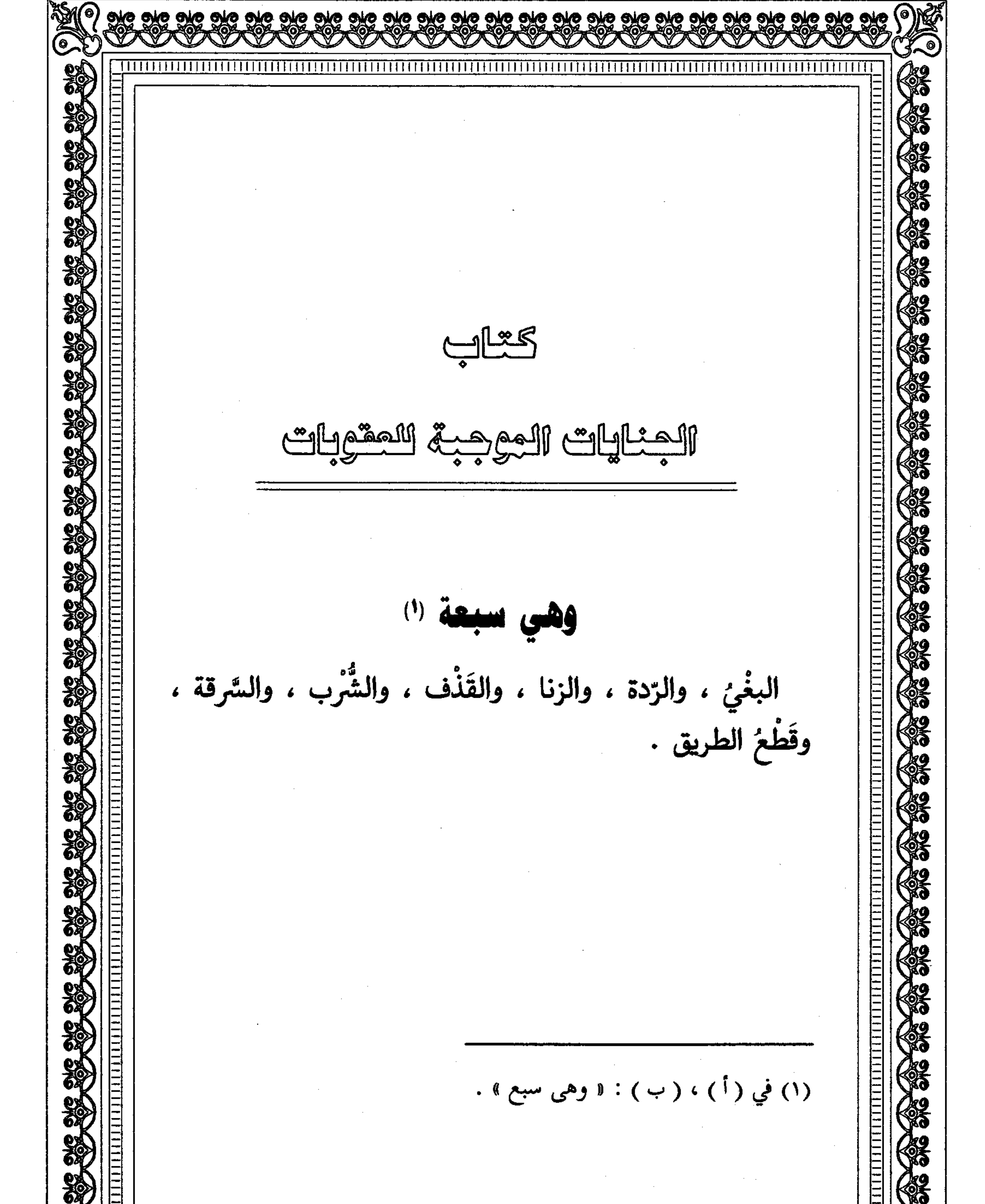
وإن قال أحدهما : قَتَلَه عمدًا ، وقال الآخر : خطأ ، فوجهان :

أحدهما : أنه تكاذُبٌ .

والآخر : أنه يَثْبت القتل ، ومَنْ يشهد بالخطأ فكأنه يَشْهد بعدم العمد ؛ فيبقى النزاع في العمدية .

وحيث يثبت التكاذُبُ في الآلة والمكان والزمان ، قال المزني (رحمه الله) : « يُفيد قولُهما لَوْثًا » ، فاتفقت المراوزةُ على تغليطه ؛ لأنهما تساقَطا بالتكاذُب . ونقل العراقيون فيه قولين للشافعي (رضي الله عنه) .

* * *



كتاب

الجنايات الموجبة للعقوبات

وهي سبعة [1]

البغْيُ ، والرّدة ، والزنا ، والقَذْف ، والشُّرْب ، والسَّرقة ، وقَطْعُ الطريق .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهى سبع » .

الجناية الأولى

البَغْي (١)

(٢ والنظر في : صِفة البغاة ، وأحكامِهم ، وقتالِهم .

الطرف الأول ٢) : في صفاتهم . ويُعتبر فيهم ثلاثةُ شروط : الشوكةُ ، والتأويلُ ، ونَصْبُ إمامٍ فيما بينهم .

(الشرط الأول) : الشوكة (٣) . وهو أن يَجْتمع قومٌ ذو نجدة على مخالفة الإمام .ولا يُعتبر مساواةُ عددِهم لِجُنْدِ الإمام ؛ كم من فئة قليلة غالبة (٤) ، لكن يَكفي أن يكون الظَّفَر مَرْجوًّا . ثم إن كانوا في موضع محفوفٍ بولاية الإمام ، (٥ فلا بد من زيادة نجدة ، كما إذا كانوا ٥) على طرف من أطراف الولاية . ثم لا يَخْفى أن الشوكة لاتتمُّ ما لم

---

(١) البغي : مصدر « بغى ، يبغي ، بغيًا » : أي تعدَّى ، وأهلُ البغي هنا هم المخالفون لإمام العدل ، الخارجون عن طاعته ، بامتناعهم من أداء واجب عليهم . ويُشْترط فيهم – حتى تجري عليهم أحكامُ البغاة – الشوكةُ ، والتأويلُ ، وأن يكون لهم رأسٌ مطاعٌ . انظر : الوجيز (٢/ ١٦٤) . المنهاج ص (١٣١) . الغاية القصوى (٩١٩/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٧٧) .

وقال في الروضة (٥٠/١٠) : « قال العلماء : يجب قتال البغاة ، ولا يَكْفرون بالبغي ، وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قُبِلت توبتُه ، وتُرِكَ قِتالُه . وأَجمعت الصحابة (رضي الله عنهم) على قتال البغاة . ثم أطلق الأصحاب القول بأن البغي ليس باسم ذَمٍّ ، وبأن الباغِينَ ليسوا بِفَسَقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة ، لكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل . ومنهم مَنْ يُسَمِّيهم عصاةً ، ولا يُسميهم فَسَقة ، ويقول : ليس كل معصية بفسق .

والتشديداتُ الواردة في الخروج عن طاعة الإمام وفي مخالفته كحديث : « من حمل علينا السلاح فليس منَّا » وحديث « من فارق الجماعة فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه » وحديث « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميتتُه جاهليةٌ » : كلُّها محمولةٌ على من خرج عن الطاعة وخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل » .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) والمقصودُ بالشوكة أن يكون لهم سلاحٌ وعَتَادٌ يَمْتنعون به .

(٤) وفي نسخة أخرى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة » . كذا على هامش الأصل .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا بد من زيادة نجدة بخلاف ما إذا كانوا » .

يكن فيهم واحدٌ مُطَاعٌ .

(الشرط الثاني) : أن يكون بَغْيُهم عن تأويل . فلو اجتمع جماعةٌ ممن توجَّه عليهم حدودٌ ، أو حقوقٌ - من زكاة أو غيرها - وخالفوا الإمامَ : قاتلَهم الإمامُ كما قاتل أبو بكر (رضي الله عنه) مانعي الزكاة ، وليس لهم حكم البغاة [١] .

والمرتدون إذا اجتمعوا - لشبهة [٢] في دينهم - فلا يُعَدُّ ذلك تأويلًا مُعْتبرًا.

ولو كان لهم [٣] تأويلٌ باطلٌ قطعًا - لكنهم غلطوا فيه - ففي اعتباره وجهان :

أحدهما : أنه لا يُعْتبر ؛ كتأويل أهل الردة . ومعاويةُ (رحمه الله) - عند هذا القائل - لم يكن مُبْطِلًا قطعًا ، بل بالظنّ .

والثاني : يُعتبر ؛ لأن الغلط في القطعيات كثيرٌ . ومعاويةُ كان مُبطِلًا على القطع عند هذا القائل ، لكنه لم يَعْرف ذلك [٤] .

وأما الخوارج ، ففيهم - على رأْي الامتناع من تكفيرهم - وجهان ، منهم من ألحقهم

---

(١) انظر - في قتال أبي بكر (رضي الله عنه) للمرتدين ومانعي الزكاة - صحيحَ البخاري مع شرحه فتح الباري (٣٠٨/٣) (٢٤) كتاب « الزكاة » (١) باب « وجوب الزكاة » حديث (١٣٩٩) . وصحيح مسلم (٥١/١) (١) كتاب « الإيمان » (٨) باب « الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله محمد رسول الله » حديث (٢٠) وسنن أبي داود (١٩٨/٢) حديث (١٥٥٦) وسنن النسائي (٥/٦) وسنن الترمذي (٥/٥) حديث (٢٦٠٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بشبهة » .

(٣) يعني للبغاة .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب قتال أهل البغي : (ولو كان لهم تأويل باطل قطعًا لكنهم غلطوا فيه ، ففي اعتباره وجهان ... وقال في الثاني : يعتبر ؛ لأن الغلط في القطعيات كثير ، ومعاوية كان مبطلًا على القطع لكنه لم يعرف ذلك) .

قلت : كان ينبغي أنه إذا اعتبر القطعَ لم يكن معاويةُ مبطلًا كما لا يخفى ، وهذا القائل يقول : لابد من القطع ، ومستنده أنه لم يثبت عند عليٍّ قَتَلَةُ عثمان (رضي الله عنه) ، وذلك يمنع من قتال معاوية علمًا قطعيًا بالنسبة إلى المستندين بأن معاوية لم يعرف ذلك على ما ذكره ، بخلاف سائر المظنونات ؛ فإنها ليست كذلك فإنه لم يعرف مستندهما قطعًا . إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / أ ، ١٧٢ / ب) .

بأهل الردة ، ولم يَكْترِثْ بتأويلهم ؛ لظهورِ فسادِه (١) .

(الشرط الثالث) : نَصْبُ الإمام فيما بينهم . وفي اشتراطه خلافٌ (٢) . ومَنْ شرطه علَّل بأنّ هذه الشروط تُعْتبر لتنفيذِ قضاءِ قاضيهم ، ولا ينتصب القاضي إلا بالتبعية (٣) ؛ فلا بُدَّ لهم من إمامٍ يُوَلِّي القضاةَ . ومن لايَشْترط ذلك يقول : ربما لايُصَادِفون موصوفًا بصفات الأئمة ، ولايمكن تعطيلُ أحكامِهم (٤) .

* * *

---

(١) انظر الغاية القصوى (٩١٩/٢) .

(٢) والأصح – عند الأكثرين من الشافعية – أنه لا يُشْترط . انظر الروضة (٥٢/١٠) . الغاية القصوى (١٩١/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا بالبيعة » .

وقال ابن الصلاح : « ومعناه أن القاضي لا يُنَصَّب – في العادة – ببيعةِ الرعية له ونَصْبِهم له قاضيًا ، وإنما يُنَصَّب الرعيةُ إمامًا ببيعتهم له ، ثم الإمامُ يُوَلِّي القضاةَ وغيرهم ، فلابد إذن في ذلك مِنْ نَصْبهم إمامًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣/ب) .

(٤) وصفاتُ الأئمة المشروطةُ : أن يكون الإمام مكلفًا ، مسلما ، عدلًا ، حرًّا ، ذكرًا ، عالمًا ، مجتهدًا ، شجاعًا ، ذا رأي وكفاية ، سميعًا ، بصيرًا ، ناطقًا ، قرشيًا . انظر الروضة (٤٢/١٠) .

الطرف الثاني

في أحكام البغاة : في الشهادة ، والقضاء ، والغُرْم

أما شهاداتهم [١] فمقبولةٌ ؛ لجهلهم بالتأويل . وأما قضاءُ قاضيهم فنافذٌ على وَفْقِ الشرع [٢] .

وما يَسْتوفيه [٣] من زكاة ، وجزية ، وحدٍّ / ويَصْرفه إلى مصرفه : فواقعٌ مَوْقِعَه [٤] . ٢٥٠/أ
ولو [٥] صَرَفوا السهمَ المرصَدَ لمرتزقة [الإسلام] [٦] إلى جندهم ، ففيه اختلافٌ مشهور [٧] ؛ لأنه [٨] - وإن كانوا جُنْدَ الإسلام - لكنهم [٩] في الحال على الباطل ، وتصحيحُ ذلك إعانةٌ لهم .

وإذا كتبوا الكتاب إلى قاضينا [١٠] بعد إبرام [١١] الحكم : أُمْضِيَ . وإن سَمع البينةَ والتمسَ الحكمَ فقولان [١٢] :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما شهادتهم » .

(٢) يعني يَنْفُذ من قضائهم ما كان موافِقًا لكتاب الله وسنة رسوله وإجماعِ الأمة . أما ما خالف نصًا صريحًا من كتابٍ أو سنة أو إجماع ، فمردودٌ ، وإن كان القاضي عدلًا .

(٣) يعني والي البغاة .

(٤) يعني : جاز ذلك وأُمْضِي ، ومن ثَمَّ فإن عادت تلك البلدة - التي استولى عليها البغاة - إلى أهل العدل ، لم يُطَالِبوا أهلَ تلك البلدة بإعادة الزكاة أو بإعادة الجزية من الذميين القاطنين معهم . انظر الأم (٤/ ٢٢٠) . الروضة (١٠/٥٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ففيه خلاف مشهور » . والأصحُ - من هذا الخلاف المشهور - تصحيحُ ذلك ؛ لأنهم من جند الإسلام أيضًا ، وإرعابُ الكفار حاصلٌ بهم . انظر : الروضة (١٠/٥٤) .المنهاج ص(١٣١).الغاية القصوى(٢/ ٩٢٠).

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنهم » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولكن هم » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « قاضٍ » .

(١١) في (أ) : « انبرام » .

(١٢) أي إن سمع قاضي البغاة البينةَ - في قضيةٍ ما - والتمس من قاضي أهل العدل أن يَحْكم ، فالأقيسُ - كما =

أقيسهما : الحكم ؛ كي لايؤدي إلى إبطال حقوق الرعايا .

والثاني : لا ؛ لأنه مساعدةٌ لهم على بغيهم . وقيل بطرد القولين فيما أبْرموه واستعانوا بقاضينا في الاستيفاء ، والقياسُ الإمضاءُ .

هذا فيمن له [1] الشوكةُ والتأويلُ ، فإن عدمت الشوكة ، فلا ينفذ حُكْمُهم ؛ [2] إذ يرجع ذلك إلى محاورات في خلوات [2] . وإن عدم التأويلُ دون الشوكة ، لم يَنْفُذْ قضاؤهم على الظاهر [3] . ويحتمل أن يُخَرَّج ذلك على ما إذا شَغَرَ الزمانُ عن الإمام ، فإن أحكام الرعايا لايمكن تعطيلُها ؛ فلذلك يَنْفُذ القضاءُ بحكم الحاجة .

أما الغرم ؛ فهو واجبٌ بالإتلاف في غير القتال على الفريقين جميعًا . أما في القتال فلا غُرْم على العادل . وما يُتْلِفُه الباغي في القتال ، فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه أتلف مالًا معصومًا بغير حق .

والثاني : وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجب [4] ، كما في أهل الحرب ؛ لأن المؤاخذة بتبعات القتال تمنع من الفيئة ....

= ذكر الغزالي – أن يحكم في هذه القضية بناءً على البينة التي رآها قاضي البغاة . وهذا ما رجحه الغزالي في الوجيز (١٦٤/٢) ، والنووي في المنهاج ص (١٣١) .

(١) في (أ) ، (ب) : « لهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك يرجع إلى محاورات للإمام في خلوات » .

قال ابن الصلاح : « ومعناه أنهم تحت الطاعة والقهر ، وحاصلُ مخالفتهم محاورات تجري بينهم في خلواتهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأظهر » .

(٤) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) وهو الأظهر . انظر : الأم (٢١٨/٤) . الروضة (٥٥/١٠) . والمنهاج ص (١٣١) . وانظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٧ وما بعدها) . المبسوط (١٢٧/١٠) . الهداية (٤٦٦/٢) . رءوس المسائل ص (٤٧٩) . فتح القدير (١٠٦/٦) .

أما ما أصابوه من أموال – حالَ القتال – ثم وُجِدَ بعينه بعد القتال ، فهو مردودٌ لصاحبه ، عادلًا كان أو باغيا . انظر المصادر السابقة .

والطاعة ، [(١] ولذلك أُتْلفت أموال ، وأُريقت دماءٌ ، في قتالِ معاوية وعليّ [١)] (رضي الله عنهما) وكان عليٌّ (رضي الله عنه) يَعْرف القاتل وما اقتصَّ من أحد ، ولا غرَّم .

وإن قلنا : لاضمان ، ففي الكفارة وجهان ، ووجهُ الإسقاطِ : الإهدارُ كما في أهل الحرب . فإن قلنا : يجب الضمان ، ففي القصاص وجهان لأجل الشبهة . فإن لم نُوجب القصاصَ ، فالديةُ على العاقلة أو على الجاني ؟ فيه خلاف . كما لو قتل إنسانًا على ظَنٍّ أنه كافر [(٢)] .

هذا إذا وُجدَ [(٣)] الشوكة والتأويل . فإن وُجِدَ تأويلٌ بلا شوكة وَجَب الضمان ؛ قتل ابنُ مُلْجَم (أخزاه الله) عليًا (كرم الله وجهه) فأُقِيدَ [به] [(٤)] وكان من تأويله أنَّ امرأةً زعمت أنَّ عليًا (رضي الله عنه) قَتَلَ أقاربها ، فوكّلته باستيفاء القصاص .

وأما الشوكةُ دون التأويل ، فطريقان منهم من قطع بوجوب الضمان كمثل واقعة مانعي الزكاة ، ومنهم من أجرى القولين [(٥)] ؛ [(٦] لأن إسقاطَ القصاص وإسقاطَ التبعية ؛ للترغيب في الطاعة [٦)] ، وأجرى الشافعيُّ (رضى الله عنه) ترديد القولين [(٧)] في المرتدين إذا أَتْلفوا في القتال [(٨)] . وقيل : هو أَوْلى بالسقوط ؛ لمشابهة أهل الحرب .

فأما وجودُ الإمامِ فليس بشرط لسقوط الضمان .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ولذلك أُتلفت الأموالُ ، وأُرِيقت الدماءُ في قتال عليّ ومعاوية » .

(٢) يعني فإذا هو مسلمٌ ، كأن يكون هذا المسلم يَتَزَيًّا بِزِيِّ الكفار الخاص بهم مثلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وجدت » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهو الأصح كما في الروضة (٥٧/١٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لإسقاط القصاص وإسقاط التبعية ؛ ترغيبًا لهم في الطاعة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ترديد القول » . (٨) انظر مختصر المزني ص (٢٥٧) .

الطرف الثالث

في كيفية القتال [1]

ويُرْعَى فيه أمور :

الأول : أنا لانغتالهم ، بل نُقَدّم النذيرَ أولًا ، فإن لم يرجعوا إلى الطاعة قاتلْنَاهم . وفي أواخر القتال : لانَتّبع مُدْبِرَهم ، ولانُذَفِّف على جريحهم ؛ لأن قتالهم مثل الدفع [2] عن منع الطاعة . والمُدْبِرُ مَنْ سقطت شوكتُه وأُمِنَ غائلتُه ، لا مَنْ يتحرَّف من جانب إلى جانب [3] . فلو تبدَّدوا سقطت شوكَتُهم ، ولكن يُتَوهَّم اجتماعُهم ، فهل يجوزُ اتباعُهم بالقتل ؟ فيه وجهان [4] ، يُنْظر في أحدهما إلى الحال . وفي الثاني إلى غائلة المآل ، وكذا مَنِ انهزم على أن يَتَّصل بفئة أخرى [5] .

الثاني : أنَّ أسيرهم لايُقْتل ، ولا يُطْلَق ما داموا على شوكتهم ، فإذا [6] بطلت الشوكةُ ، وكان اجتماعُهم في المآل مُتَوَقَّعًا ، ففي إطلاقه وجهان .

فأما نساؤهم وذراريهم ، فَيُخَلَّى سبيلُهم . وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « نَحْبِسُهم ؛ ففي ذلك كَسْرُ قلوبِهم » .

وأما أسلحتُهم وخيولُهم ، فلايَحِلُّ استعمالُها في القتال ، خلافًا ....

---

(١) وطريقة قتال البغاة طريقُ دَفْع الصائل ؛ إذ المقصودُ رَدُّهم إلى الطاعة ودَفْعُ شرهم ، لا النَّفْيُ والقتلُ ؛ فإذا أَمكن الأسْرُ فلا يُقْتل ، وإذا أمكن الإثخانُ فلا يُذَفّف ، فإن التحم القتالُ واشتدّ ، خرج الأمرُ عن الضبط . انظر الروضة (٥٧/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شُرع للدفع » .

(٣) إذْ حكمُ مَنْ يتحرَّف من جانبٍ إلى جانب أن يُتْبع ويُقْتل .

(٤) والأصحُّ : أنه لا يُتْبع مُنْهَزِمُهم وإن خِيفَ اجتماعُهم . انظر الغاية القصوى (٩٣٠/٢) .

(٥) فإن كانت الفئةُ قريبةً : أُتبع ، وإلا فلا على الأصح .كذا في الروضة (١٠ /٥٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] . لكن إنما تُرَدُّ إليهم إذا جاز إطلاقُ أسيرهم . والصبيُّ المراهِقُ والعبدُ كالخيل ، والصغيرُ كالنسوان .

الثالث : لا نَنْصب عليهم المجانيقَ [2] ، ولا نُوقد عليهم النيرانَ ، ولا نُرْسِل السيولَ الجارفة ، وكذا كلّ سبب يعمُّ إلا إذا كان بحيث نُصْطَلَم [3] لو لم نَفْعل ؛ لأن هذه الأسباب [4] لايمكن حَسْمُها ، وربما يرجعون في أثنائها .

وإن تحصَّنوا بقلعة ، ولم يُتَوصَّل إلا بهذه الأسباب ، فإن كان فيهم رعايا لم يَجُزْ ، وإن لم يكن إلا المُقَاتِلة : ففيه نظرٌ ، والأولى مَنْعُه والاقتصارُ على المحاصرة والتضييق [5] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن أسلحة البغاة التي استولى عليها أهلُ العدل - وكذلك خيولهم - لا يحِلُّ استعمالُها في القتال إلا لضرورة لا بُدّ منها . انظر : الأم (٢٢٥/٤) . مختصر المزني (٢٥٨) . الوجيز (١٦٥/٢) . المنهاج ص (١٣١) . الروضة (٥٩/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٠/٢) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١٥٤/٢) . رحمة الأمة ص (٢٧١) .

ومذهبُ الحنفية : أنه يَحِلُّ استعمالُ أسلحتهم وركوبُ خيولهم ساعة القتال إن احتاج العادلون إلى ذلك . وهو مذهب المالكية ، ورواية عن الإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٢٦/١٠) . الهداية (٤٦٥/٢) . شرح فتح القدير (١٠٤/٦) . اللباب في شرح الكتاب (١٥٥/٤) . الشرح الكبير (٢٩٩/٤ وما بعدها) . وحاشية الدسوقي عليه (٣٠٠/٤) . المقنع ص (٣٠٦) . المبدع (١٦٢/٩) . المغني لابن قدامة (١١٦/٨) .

(٢) المنجنيق : هو الذي تُرْمَى به الحجارة . وهي كلمة مُعَرَّبة عن الفارسية ، ووزنها : فَنْعَليل ، بفتح الفاء ، والتأنيث أكثر من التذكير فيها ، ومنهم من يقول : الميمُ زائدةٌ ، ووزنه : منفعيل ، وعليه فأصله : جنق . وربما قيل له : مِنجنيق بكسر الميم ؛ لأنه آلة . والجمع : مجانيق ، ومنجنيقات. انظر : المصباح المنير (٨٧٠/٢) . وتهذيب الأسماء واللغات (١٣٤/٢/٣) .

(٣) الصَّلْم : القطع . والاصطلام : الاستئصال . وقوله : (إلا إذا كان بحيث نصطلم) أي : إلا إذا خِفْنا أن يستأصلونا ، فيحنئذ يجوز لنا فِعْلُ ما يَعُمُّ أذاه . انظر : مختار الصحاح ص (٣٦٨) . المصباح المنير (٥٢٩/١) . القاموس المحيط ص (١٤٥٨) . مادة (ص ل م) .

(٤) في (ب) : « الأشياء » .

(٥) وهذا هو الأولى ؛ لأنَّ تَرْكَ بلدةٍ في أيدي طائفة من المسلمين - وإن كانوا بغاة - ويُمْكننا الاحتيال في محاصرتهم والتضييق عليهم : أقربُ إلى الإصلاح من إهلاكهم . انظر الروضة (٦٠/١٠) .

الرابع : (١ لاينبغي أن يَقْتُلَ ١) العادلُ واحدًا من أرحامه . ولا ينبغي أن يَستعين الإمامُ بأهل الشرك عليهم ولا بمن يَرَى قَتْلَ مُدْبِرِهم .

الخامس : إن استعان البغاةُ علينا بأهل الحرب ، لم يَنْفُذْ أمانُهم علينا ، واتبعْنا مُدْبِرَ أهل الحرب . وهل ينفذ الأمانُ في [حق] (٢) أهل البغي ؟ فيه وجهان ، الصحيح : أنه لا ينفذ / لأنه بُنِيَ على الفساد ، لكن لا يجوز لهم الاغتيالُ بكل أمانٍ فاسد ، ويجوز لنا اغتيالُهم . وقيل : إنه لا يجوزُ إذا انعقدَ لهم أمانٌ فاسدٌ . وهو ضعيف . نعم ، لو قال أهلُ الحربِ : ظننا أنهم المحُقُّون ، ففى إلحاقِهم بِمَأْمَنِهم خلافٌ (٣) . ومنهم من قال : لا نُبَالي بظنونهم . ٢٥٠/ب

ولو استعانوا بطائفة من أهل الذمة ، انتقض عهدهم ؛ فنقتل مُدْبرهم ونَغْنم مالهم . وفيه وجه : أنهم إذا انهزموا ألحقاهم بِمأْمَنِهم . فإن كانوا مُكْرَهين لم يُنْتقض عَهْدُهم ؛ فلا نَتْبع مُدْبِرَهم . فإن قالوا : ظَنَنَّا أنهم الفِئة المحِقَّة ، ففي انتقاض العهد قولان (٤) .

التفريع : حيث ألحقناهم بأهل الحرب ، غَنِمْنا مالَهم ، ولاضمانَ عليهم فيما يُتْلِفون . فإن قلنا : لا بُدَّ من تبليغهم مَأْمَنَهُم ، فما أتلفوه (٥) مضمونٌ عليهم ؛ إذْ بَقِيَ في حقِّنا عهدةُ الأمانِ (٦) فَيَبْقى عليهم عهدةُ الضمان . فإنْ فَرَّعْنَا على أن العهد لا ينتقض في بعض الصور ، قطع الأصحابُ بوجوب الضمان عليهم ؛ لأن الإسقاط عن البغاة لِترغيبهم في الطاعة ، ولا يَجْري ذلك في الذّمّيّ .

السادس : مَنْ يوجد (٧) منهم قتيلًا ، يُغَسّل ويُصَلَّى عليه (٨) ، وليس بشهيد . وقال

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ينبغي أن لا يقتل .. » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنا نُبَلّغهم مَأْمَنهم ،ونعاملهم معاملة البغاة ، فلا نتبعهم مدبرين . انظر روضة الطالبين (١٠/ ٦١) .

(٤) والمذهبُ : أنه لا يُنْتقض عهدهم إن قالوا : ظَنَنَّا أنهم الفئةُ المحِقّة . أما إذا لم يذكروا عذرا ، انتقض عهدهم على المذهب . انظر : الروضة (٦١/١٠) . المنهاج ص (١٣١) . الغاية (٩٢٠/٢) .

(٥) في (أ) : « فما أتلفوا » . (٦) في (أ) ، (ب) : « الضمان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « من صُودف » . (٨) في (أ) : « ونصلي عليه » .

أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُغَسَّل ولا يُصَلَّى عليه ؛ إهانة لهم [1] .

والعادلُ إذا قُتِلَ في المعترك ، فقولان في كونه شهيدًا .

ولا ينقطع التوارثُ بينهم وبين أهلِ العدل .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن مَنْ قُتِل من أهل البغي ، يُغَسَّل ويُصَلَّى عليه . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٤/٢٢٥) . مختصر المزني ص (٢٥٨) . المغني لابن قدامة (٨/١١٦) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يُصَلَّى على قَتْلَى أهل البغي ولا يُغَسَّلون أيضًا ، ويُدْفنون لإماطةِ الأذى . انظر : المبسوط (١٠ /١٣١) .

الجناية الثانية

الردة

والنظرُ في أركان الردة وأحكامها .

الطرف الأول : في الردة [١] . وهو عبارةٌ عن قطع الإسلام من مُكَلَّف .

احترزنا « بالقطع » عن الكفر الأصلي [٢] ، و« بالمكَلَّف » عن المجنون والصبيِّ . وفي السكران قولان ؛ لتردده بين الصَّاحي والمجنون [٣] . وعلى طريق : يصح ؛ تنفيذًا لِمَا عليه دون ما لَهُ . وعلى هذا ، لو أسلم في السُّكْر لا يصحُّ ، فَلْيُعِدِ الإسلامَ إذا أفاق . فلو [٤] قُتِلَ قبل الإفاقة فَمُهْدَرٌ . وإن قلنا : تصحُّ ردتُه - لأنه كالصَّاحي - فيصح [٥] إسلامُه ، لكن إذا أفاق جَدَّدْنَا عليه التوبةَ . فلو قُتِلَ قبل التجديد ، فالصحيحُ وجوبُ الضمانِ . وقيل : لايجب ؛ أخذًا من اللقيط إذا قُتِلَ بعد البلوغ وقبل أن يَنْطق بالإسلام . ووجهُ الشبهة : أنه إسلامٌ حُكْمِيٌّ لا عَنْ قَصْد صحيحٍ . وهو ضعيفٌ ؛ لأن الردة [٦] أيضًا كان كذلك [٦] ، فيكفي لتلك الردةِ هذا الإسلامُ ، إلا أن يُخَصَّص ذلك الوجْهُ بأن يرتدَّ صَاحِيًا ، ثم أسلم [٧] في السكر .

وأما نفسُ الردة ، فهو نُطْقٌ بكلمةِ الكفر : استهزاءً ، أو اعتقادًا ، أو عنادًا . ومن الأفعال عبادةُ الصَّنم ، والسجودُ للشمس ، وكذلك إلقاءُ المصحف في القاذورات ، وكلُّ فعلٍ هو صريحٌ في الاستهزاء بالدين . وكذلك [٨] السّاحر يُقْتل إن كان ما سَحَرَ به كفرًا ، بأن كان فيه عبادةُ شمسٍ [٩] أو ما يُضَاهِيه .

---

(١) في الأصل : « في الركن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن الكافر الأصلي » .

(٣) والمذهبُ صحة ردة السكران وإسلامِه . انظر الروضة (١٠ /٧١) . المنهاج ص (١٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يصح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كانت أيضًا كذلك » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ثم يُسْلم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٩) كلمة « شمس » ساقطة من (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا شهد اثنان على أنه ارتدَّ ، فقال :كَذَبَا . لم ينفعه التكذيبُ ، لكنه (١) ينفعُه تجديدُ الإسلام (٢ في ردِّ القتل ٢) . ولاينفع في بينونة زوجته .

ولو قال : صَدَقَا (٣) ولكنني كنتُ مكرها ، فإن ظهر(٤) مخايلُ الإكراهِ ، بأنْ كان أسيرًا بين الكفار ، فالقولُ قولُه . وإن لم تكن مخايلُ الإكراهِ حكم بالبينونة . وهذا ينبغي أن يُخَصَّص بما إذا حكَى الشاهدُ كلمةَ الردة . ولاينبغي أن تُقْبل الشهادة مطلقا (٥) ؛ لأن للناس في التكفير مذاهبَ مختلفةً ، فإذا نقل الشاهدُ كلمةً - هي ردةٌ - ولم يقل : ارتدَّ ، ولكنه [قال] (٦) : قال كذا ، فقال المشهودُ عليه : صدق ، ولكنْ كنتُ مكرهًا ، قال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : يُصَدق ؛ إذ ليس في تصديقه تكذيبُ الشهودِ ، بخلاف ما إذا شهدوا على الردة ، فإنّ كونَه مُكْرَهًا يدفع الردة . ولكن الجزم أن يُجَدِّد الإسلام . فلو قتله مُبَادِرٌ قبل التجديد (٧) ، ففي الضمان وجهان مأخوذان (٨) من تَقَابُلِ الأصلين ، وهو عدم الإكراه (٩) ، وبراءةُ الذّمّة .

الثاني : إذا خلف المسلمُ ابنين ، فقال أحدهما : مات أبي كافرًا ، وأنكر الآخرُ ، ففي حصّة المقِرِّ قولان :

أحدهما : أنه للفيء (١٠) ؛ مؤاخذةً له بإقراره .

الثاني : [أنه] (١١) يُصْرف إليه ؛ (١٢ لأن للناس أغراضًا في التكفير ومذاهب ١٢) ،

(١) في (أ) ، (ب) : « لكن » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « في دَرْء القتل » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « صدقوا » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « ظهرت » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « مطلقة » .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) قوله : « قبل التجديد » ساقط من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « مأخوذ » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « وهو الإكراه » .
(١٠) أي فيصرف إلى بيت المال ، ويكون للمسلمين جميعًا .
(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(١٢) في (ب) : « لأن للناس في التكفير مذاهب » .
قال الحموي : « قوله في باب الردة : (إذا اختلف ابنان ، فقال أحدهما : مات أبي كافرًا ، وأنكر =

«(١) وهو لم يصرح به (١)» .

والصحيحُ : أن يُسْتفصل ، فإن فَسَّرَ بما هو كفرٌ ، صُرف إلى الفيء ، وإلا صُرِف إليه . فإن لم يُفسِّر توقّف .

الثالث : الأسيرُ إذا ارتدّ مكرهًا ، فإذا أفلتَ أَمَرْناه بالتجديد . وإن (٢) أَبى تبينَّ أنه كان مُرْتدًّا بالاختيار ، هكذا قاله العراقيون ، وفيه نظرٌ ؛ لأن المسلم لايَكْفر بمجردِ الامتناع عن تجديد الإسلامِ ، وحكمُ الإسلامِ كان دائما [له] (٣) . ثم قال العراقيون : «إذا ارتد الأسيرُ مختارًا ، ثم رأيناه يُصَلِّي صلاةَ المسلمين حُكِمَ بإسلامه بخلاف الكافرِ الأصليِّ » . وفي الفرقِ إشكالٌ (٤) / . ٢٥١/أ

* * *

= الآخر ، ففي حصة المقر قولان : أحدهما : أنه للفيء ؛ مؤاخذةً بإقراره . والثاني : أنه يصرف إليه ؛ لأن للناس أغراضًا في التكفير ومذاهب مختلفة) .

قلت : قال بعضهم : كان ينبغي ألا تُسمع الدعوى كما ذكر الشيخ من أن الشاهد إذا حكى كلمة الكفر فقال : (لا ينبغي أن تقبل الشهادة مطلقًا ؛ لأن للناس في التكفير مذاهب مختلفة) . قلت : وإن كان كذلك وجب ألا تسمع الدعوى ؛ لأن أباه كان كافرًا .

قلت : ليس ذلك بدعوى وإنما هذا إقرارٌ ، فيؤاخذ به ، وإن سلمنا ذلك فليس يشترط ذلك من جهة المقر بخلاف البينة ، فإنها مثبتة للحق ظاهرًا وباطنًا ، وأما هاهنا فإنا نؤاخذه في الظاهر بالنسبة إلى إقراره ، ولا يحكم على الأب بالكفر ويرثه سائرُ الورثة ويدفن في مقابر المسلمين . وهو إشكال ضعيف كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / ب ، ١٧٣ / أ) .

(١) في (أ) : « ولم يصرح به » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة في مسألة الصلاة من المرتد أو الكافر الأصلي : « والصحيح الذي عليه الأصحابُ : أنه لا يكون إسلامًا من الأصلي بخلاف المرتد ؛ لأن عُلْقة الإسلام باقيةٌ في المرتد ، فصلاتُه عَوْدٌ منه إلى ما كان .

ثم سواءٌ – في كل ما ذكرنا – الصلاةُ منفردًا وإمامًا ومقتديا ، وهذا إذا لم يُسْمَع منه تشهُّدٌ فيها ، فإن سمعناه ، فهو مسلم حيثما كان ، وأي كافر كان . وفيه وجه شاذ سبق في باب الأذان » . الروضة (١٠/٧٥) .

الطرف الثاني
في حكم الردة

وذلك يَظْهر في : نفس المرتد ، وولده ، وماله ، وفي أمور أُخَر ذكرناها في مواضعها .

أما نفسه : فتُهْدَر في الحال ويجب قَتْلُه إن لم يَتُبْ ، فإن تاب تُقبل إلا إذا كان زنديقًا ، ففي قبولِ توبتهِ أربعةُ أوجه :

الظاهرُ : أنه تقبل ؛ إذ بابُ الهداية غَيْرُ محسومٍ ، فلعلّه اهتدى ، وقد قال ﷺ : « هلَّا شَقَقْتَ عن قلبه ؟! » [١] ؛ تنبيهًا على أن النظر إلى الظاهر دون السرائر [٢] .

والثاني : لاتُقبل ؛ لأن التقية [٣] عند الخوف عَيْنُ الزَّنْدَقة .

والثالث : أنه [٤] إن أسلم ابتداءً من غير مطالبةٍ : قُبِلَ ، وإن كان تحت السيف فلا .

والرابع : أنه إن كان داعيًا إلى الضلال لم تُقْبل ، وإلا فَتُقْبل .

وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « إنما تُقْبل توبةُ المرتدّ مرةً واحدة ، وإن [٥] أعاد ثانيا [٦] لم تُقبل » . وهو بعيد ؛ إذ مَنْ يُتَصَوَّر أَنْ يُخْطِىءَ مرةً ، يُتَصَوَّر أن يُخْطيء [٧] مرتين .

---

(١) الحديث رواه البخاري (١٩٩/١٢) (٨٧) كتاب « الديات » (٢) باب « قول الله تعالى : ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعًا ﴾ حديث (٦٨٧٢) بإسناده عن أسامة بن زيد ، ورواه مسلم في صحيحه (٩٦/١) (١) كتاب « الإيمان » (٤١) باب « تحريم قتل الكافر بعد أن قال : لا إله إلا الله » حديث (٩٦) . ورواه أبو داود (١٠٢/٣) حديث (٢٦٤٣) .

(٢) ورجح قبولَ توبته في الوجيز أيضًا (١٦٦/٢) . وصححه النووي في الروضة (٧٦/١٠) . والبيضاويُّ في الغاية القصوى (٩٢١/٢) .

(٣) في (ب) : « التوبة » .

(٤) كلمة « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٦) في (أ) : « ثانية » .

(٧) في الأصل : « يصيب » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

وفي المبادرة (١) إلى قَتْل المرتد قولان (٢) :

أحدهما : يُبَادَر [إلى ذلك] (٣) ؛ لأنَّ جنايته قد تَمَّتْ .

والثاني : يُمْهل ثلاثةَ أيام ؛ لما رُوِيَ أن عمر (رضي الله عنه) قال في مرتدٍّ بادر أبو موسى الأشعري (رضي الله عنه) إلى قتله : « اللهمَّ إني أبرأ إليك مما فعله أبو موسى ، هلَّا حبستموه ثلاثًا ، تُلْقُون إليه كلَّ يوم رغيفًا ؛ لعله (٤) يتوب ! » (٥) .

التفريع : إن قلنا : الإمهالُ لايجب ، فيستحبُّ أو (٦) يُمْنع ؟ فيه وجهان . فإن قلنا : يُمْنع ، فإن قال (٧) : أَمْهلوني ريثما تجلو (٨) شُبهتي بالمناظرة ، فهل يُنَاظر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الحجة مُقدمة على السيف .

والثاني : لا ؛ لأنَّ الخيالات الفاسدة (٩) لا حَصْرَ لها ، فَلْيقبل الإسلامَ ظاهرًا ، ثم يبحث (١٠) .

وأما ولد المرتد . فإن تراخت الردةُ عن الولادة ، فالولدُ مسلمٌ . فإن عَلِقَتْ (١١) مرتدةٌ من مرتد ، ففي الولد ثلاثةُ أقوال (١٢) :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ثم في المبادرة » .

(٢) قال النوويّ : « وتجب استتابةُ المرتدِّ في الحال » . المنهاج ص (١٣١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « فلعلَّه » .

(٥) هذا الأثر رواه مالك في « الموطأ » (٧٣٧/٢) (٣٦) كتاب « الأقضية » (١٨) باب « القضاء فيمن ارتد عن الإسلام » . ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٥٧/١٢) .

(٦) في (أ) : « أو » . (٧) في (ب) : « فلو قال » .

(٨) أي تتضح . انظر مختار الصحاح ص (١٠٨) مادة (ج ل ا) .

(٩) كلمة « الفاسدة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(١٠) ورجح هذا الوجه في الوجيز (١٦٦/٢) . (١١) أي حبلت .

(١٢) قال في الروضة (٧٧/١٠) « : فيه ثلاثة أقوال ، أظهرها : مسلمٌ .

قال النووي : كذا صححه البغوي ، فتابعه الرافعي ، والصحيح أنه كافر ، وبه قطع جميع العراقيين ، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه « المجرد » أنه لاخلاف فيه في المذهب ، وإنما الخلاف في أنه كافر أصليّ أم مرتدٌّ ؟ والأظهر : مرتدٌّ ، والله أعلم » .

أحدها : أنه كافرٌ أصليٌّ .

والثاني : أنه مرتدّ ، يُرَدَّد بعد البلوغ بين الإسلام والسيف ويكون أسوة أبويه .

والثالث : أنه مسلمٌ ؛ لأن علقة الإسلام باقيةٌ في المرتد ، والإسلامُ يعلو .

ولو خلَّف المعاهدون أولادًا فيما بيننا ، فإما أن نَقْبل منهم الجزية ، أو نُلْحقهم بِمَأْمنِهم . وأما أهلُ الردة ، فإن التحقوا بدار الحرب فلا يَثْبت لهم حكمُ أهل الحرب في الاسترقاق ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) .

وأما مالُ المرتد ؛ ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يزول مِلْكه في الحال كملك النكاح .

والثاني : لا ؛ إذ (٢ لاإهانة فيه على المسلم ٢) بخلاف النكاح .

والثالث : أنه موقوفٌ ، فإن مات - أو قُتِلَ - على الردة تبينَّ زوالُ ملكه إلى أهل الفيء ، وإن عاد تبينَّ استمرارُ مِلْكِه (٣) .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الرقَّ لا يَجْري على المرتد ، سواء كان رجلًا أم امرأة ، وسواءٌ لحق بدار الحرب أم أقام بدار الإسلام . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

وقال أبو حنيفة : إذا لحقت المرتدةُ بدار الحرب ، جاز استرقاقُها ؛ لأن أبا بكر سبى بني حنيفة واسترق نساءهم ، وأمُّ محمد بن الحنفية من سَبْيِهم .

وقد استدل ابن قدامة لِمَا ذهبَ إليه الحنابلة وغيرهُم بقوله : ولنا قولُ النبي ﷺ : « من بَدَّل دينه فاقتلوه » ولأنه لا يجوز إقرارُه على كفْره ، فلم يَجُز استرقاقُه كالرجل . ولم يثبت أن الذين سباهَم أبو بكر (رضي الله عنه) كانوا أسلموا ، ولا ثبت لهم حُكْمُ الردة . فإن قيل : فقد رُوِيَ عن علي (رضي الله عنه) أن المرتدة تُسْبَى . قلنا : هذا الحديثُ ضعيفٌ ضعَّفه أحمد (رحمه الله) . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٠) . روضة الطالبين (٧٧/١٠) . المغني لابن قدامة (١٣٦/٨) . الفروع لابن مفلح (١٧٦/٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا إهانة على المسلم فيه » .

(٣) وهذا القول هو أظهر الأقوال الثلاثة . انظر : الروضة (٧٨/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . الغاية القصوى (٩٢٢/٢) .

التفريع : إن قلنا بزوالِ ملكِه [١] ، فكلُّ دَيْنٍ كان لَزِمَه قبل الردة يُقْضى من ماله ، كما يُقْضى من تركة الميت . ولاخلافَ أنه يُنْفق عليه من ماله . وهل يُنْفَق على أقاربه المسلمين ؟ وهل تقضى ديونُه التي التزَمَها في الردة [٢] بإتلافه ؟ فيه وجهان [٣] . فلو احتطب حصل الملك للفيء ، كما يحصل باحتطاب العبد للسيد ، وكذا في اتِّهابه وشرائه من الخلاف ما في العبد .ولاخلافَ أنه إذا عاد إلى الإسلام ، عاد مِلكُه ورَهْنُه كما يعود إن صار الخمرُ خلًّا .

وإن فرعنا على بقائه [٤] ، فللسلطانِ ضَرْبُ الحَجْر عليه في التصرف ؛ نظرًا للفيء .

ثم هل يتحجر بالردة أم يحتاج إلى حَجْرِ السلطان ؟ فيه خلافٌ [٥] . ثم ذلك الحَجْرُ، كحجر السَّفيه أو المفلس ؟ فيه خلاف [٦] ، وحكمهما مذكورٌ في موضعه .

فإن قلنا : يحتاج إلى ضرب الحجر ، نفذ تصرفُه قبله ، وقيل : هو كتصرفِ المريض ، وتكون حقوقُ أهل الفيء كحقوقِ الغرماء حتى لاينفذ معه التبرعاتُ ، ولا في الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : يزول ملكه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالردة » .

(٣) والأصح في المسألتين أنه : يُنْفق من ماله على أقاربه المسلمين الذين يجب عليه نفقتهم ، وتُقْضَى ديونه التي وجبت بإتلافه في مدة ردته . انظر : الروضة (٧٩/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٤) يعني إنْ فَرَّعْنا على بقاءِ ملكه وأنه لايزول بالردة .

(٥) والأصح أنه لابد مِنْ حَجْرِ السلطانِ أو القاضي . انظر الروضة (٨٠/١٠) .

(٦) والأصح أنه كحجر المفلس كما في الروضة (٨٠/١٠) .

ثم السفيهُ هو من يبذر في ماله ، ويُسِيئ تَصَرُّفَه فيه ، كأن يُنْفقه في محرّم ، أو يُلقيه إهلاكًا ، أو يحتمل غَبْنًا فاحشًا في المعاملة .

ولا بُدَّ في الحجر على السفيه من حكم القاضي عليه . وأثرُ الحجر عليه يظهر في بعض تصرفاته ، ومنها تصرفه المالي فلا يصح تصرفه المالي ولو بإذن الولي في الأصح عند الشافعية . ومن ثم فلا يصح منه بَيْعٌ ولا شراء ولا هِبَةٌ ، ولا يصح إقرارُه بِدَيْنٍ قبل الحجر عليه أو بعده كالصبي ، كما لا يصح إقراره بإتلاف المال ، أو بجناية تُوجب المالَ في الأظهر . والحكمُ في السّفيه كالحكمِ في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مالِ الغيرِ بغير إذنه .... =

وإن فرّعْنا على الوقْف [١] لم يَنْفُذْ منه إلا كُلُّ تصرفٍ قابِلٍ للوقف [٢] .

* * *

= وأما المفلسُ فهو من لا مال له ، وهو المعدم . وفي الشرع يُطْلق على من لا يَفِي مالُه بِدَيْنِهِ ، أو الذي أحاط الدَّينُ بماله ، أو من لزمه من الدَّيْن أكثر من ماله الموجود .

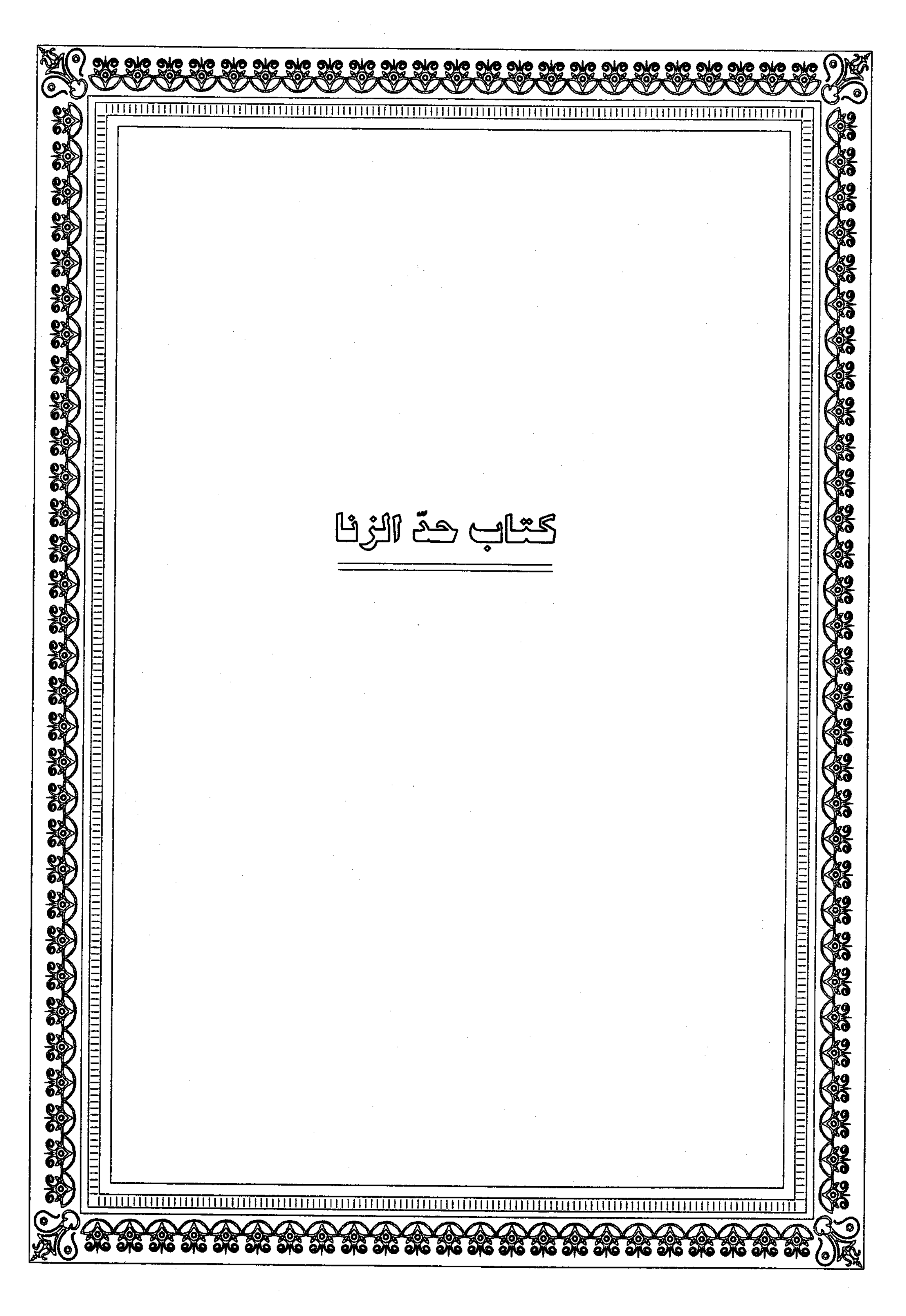
ويحتاج الحجرُ عليه أيضًا إلى قضاءِ القاضي . فإذا حجر عليه تعلّقت ديون الغرماء بماله ، فلا ينفذ تصرُّفُه فيه بما يضرهم ، فتبطُل تبرعاتُه ، كالهبة والصدقة ، ولا يُقْبل إقراره أصلًا - بعد التفليس - على ماله .

ويبطل بيعهُ وشراؤه ونحوُهما من المعاوضات المالية على الأظهر عند الشافعية .

والفرقُ بين الحجر على السفيه والحجر على المدِين ، أن حجر السفيه لمعنًى في نفسه ، وهو سوء اختيارِه لا لحقِّ الغرماء . أما الحجرُ بسبب الدَّين ، فهو لمصلحة الدائنين ، وكلاهما يحتاج إلى قضاء القاضي . وكذلك المحجور عليه بالدَّيْن ، لو أقر - حالة الحجر - ينفذ إقراره بعد زوال الحجر ولو فيما سيحدث له من مال ، أما المحجور عليه بالسفه ، فلا يجوز إقراره بالدين ، لا حال الحجر ولا بعده ، لا في المال القائم ولا الحادث له فيما بعد . انظر الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٤٤٢/٥ ، وما بعدها ، ٤٥٨، ٤٦٠) .

(١) أي إن فرعنا على القول بوقْف ملكه حتى ننظر هل يعود إلى الإسلام أَوْ لا ؟ .

(٢) وذلك حتى إذا رجع إلى الإسلام نفذناه ، وإلا فلا . والتصرف الذي يحتمل الوقف ، فكالعتق وتدبير العبد ، والوصية . وأما بيعُه ورهنُه وكتابتُه لعبده : فباطلةٌ ، وفي قول قديم للشافعي (رحمه الله) أنها موقوفة أيضًا . انظر الروضة (٨٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .



كتاب حدّ الزنا

الجناية الثالثة هي : الزنا

وهي جريمةٌ موجِبَةٌ للعقوبة : إما الرجْمُ ، وإما الجَلْدُ .

والنظر في طرفين :

الأول : في الموجِب والموجَب . والضبطُ فيه أنّ : إيلاجَ الفرجِ في الفرج ، المحرم قَطْعاً ، المُشْتَهى طَبْعًا - إذا انتفت الشبهةُ عنه - سببٌ لوجوب الرَّجْم على المحصن ، ولوجوبِ الجلد والتغريب على غير المحصن . وفي الرابطة قيود لابد من كَشْفها :

أما الإحصانُ ، [١] فهو عبارةٌ عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ؛ فإذا انتفى التكليفُ سقط أصلُ الحدّ ؛ فلا حَدَّ على المجنون والصبيّ . وإذا انتفت الإصابة [٢] فقد سقط الرجمُ ووجَبَ جلدُ مائةٍ ، وتغريبُ عامٍ . ولا تقوم الإصابةُ في ملك اليمين مقامَه . وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة ، فقولان ، أصحهما : أنه لا يُحَصِّن كما في التحليل [٣] . والأصح / أنه لايُشْترط وقوعُ الإصابة بعد الحرية والتكليف . وفيه وجه : أنه لاأثر للإصابة في الصِّبَا والجنون [٤] والرِّقّ ؛ إذ ليس يحصل التحصُّنُ بالمباح به [٥] .

٢٥١/ب

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الحصانة » .

(٢) يعني إذا وطئها في نكاح فاسد أو وطء شبهة .

(٣) يعنى أن المرأة المطلقة ثلاثًا تَحْرُم على زوجها حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا ، ثم يطأها ، فإذا مات عنها أو طلقها حلّت لزوجها الأول - إذا أراد نكاحها - بعقد جديد . أما إذا وطئها الزوجُ الثاني في نكاح فاسدٍ أو وُطئتْ بشبهة فلا تَحِلُّ لزوجها الأولِ بهذا الوطء .

(٤) في (أ) : « المجنون » .

(٥) قال في الروضة (٨٦/١٠) : « وهل يحصل - يعني الإحصان - بوطء زوجة قبل التكليف والحرية ؟ وجهان ، أصحهما عند الجمهور - وهو ظاهر النص - : لا ، فلا يجب الرجم على من وطىءَ في نكاح صحيح ، وهو صبيّ أو مجنون أو رقيقٌ ، ثم زنى بعد كماله » .

وقال ابن الصلاح تعليقًا على الوجه الذي ضعفه الغزاليّ : « وضَعَّفه مع أنه المذهب ، وهو الصحيح =

ولا خلافَ أنه لايُعْتبر وجودُ هذه الخصال في الواطئين . فالرقيقُ إذا زنا بحرة رُجمت ، وكذا بالعكس . (١ فإذا وطئ ١) البالغةَ صغيرٌ ، ففيه وجهان ، وكذا بالعكس .

= المشهور . وقال في تعليله : (إذ ليس يحصل التحصن بالمباح به) . وهذا مُشْكِل ، وشرْحه أن لفظ « التحصين » في هذا ، عبارةٌ عن العفّة عن الزنا ، فإن لفظ « الإحصان » و « التحصين » مُشْتركٌ بين أشياء ، منها هذا ، ومنها الإسلامُ ، ومنها الحريةُ ، فالمكلَّف الحرّ مُحْصن لكونه ذا زوجةٍ وقد وطئها حرصًا على حفْظِه فراشَه من التلطيخ بالزنا حتى يمنعه ذلك من أن يَلْطَخَ فراشَ غيرهِ بالزنا منه ، فإذا زنى كان زناه أشدَّ قُبْحًا ، فغُلِّظت عقوبتُه بالرجم . وهذا لا يحصل بما إذا وُجِد منه الوطءُ المباحُ في زوجة تزوَّجها وهو رقيق أو غَيْرُ مكلفٍ ؛ لأنه مع نقصه بذلك لايأنف من تلطيخ فراشِ غيره أَنَفَةَ الحرِّ المكلَّف ، وكأنه قال : إذ لا تحصل العفة الحاصلة بالوطء المباح الصادر من الحر المكلف بهذا الوطء المباحِ الصادر من هذا الناقص ، ووجهُه ما بينتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٠٤/أ وما بعدها) .

قال الحموي : قوله في الجناية الثالثة – وهي الزنا – : (أما الإحصان فهو عبارة عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ، وإذا انتفى التكليفُ سقط أصلُ الحد ، فلا حدَّ على المجنون والصبي ، وإذا انتفت الإصابة سقط الرجمُ ووجب جلدُ مائة وتغريب عام ، ولا تقوم الإصابة في ملك اليمين مقام النكاح ، وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة فقولان : أصحهما : [أنه] لا يُحَصِّن كما في التحليل ، والأصح : أنه لا يشترط وقوعُ الإصابة بعد الحرية والتكليف ، وفيه وجه: أنه لا أثر للإصابة في الصبا والجنون والرق ؛ إذ ليس يحصل التحصينُ بالوطء المباح به) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (إذ ليس يحصل التحصين بالمباح) ولا خلاف أن نكاحهما صحيحٌ إذا عقده الوليُّ ، وكذلك وطؤهما مباح ، وهو إشكال ظاهر لمن يتأمله .

قلت : أراد به أن الإحصان لا يحصل إلا بالوطء الذي يبيح المطلقةَ ثلاثًا ، فكأنه قال : ليس يحصل التحصين بالوطء المباح الذي هذا شأنه ، بل يحصل التحصين بالوطء الذي يملك به الثلاثَ ، مع التكليف بكونه عاقلًا غيرَ مجنونٍ وبالغًا غير صبي .

وإنما قلنا : أنهما لا يملكان الثلاث ، وذلك إنما يكون فيمن اجتمعت فيه الحريةُ التي يملك بها الثلاث ؛ لأن الصبيَّ لا يصح طلاقُه ، والعبد إن كان يصح طلاقه إلا أنه لا يملك الثلاثَ ، وإن كان كذلك صح ما ذكره وحُمِلَ المباحُ على ما ذكرناه ؛ لأنه صالحٌ له فلم يُحْمَلْ على أن الوطء غير مباح لامتناعه ، فإذا دار لفظٌ بين محلين : أحدهما يقتضي صحة اللفظ ، والآخر يقتضي الفساد ، حملناه على ما يقتضي الصحة ؛ تصحيحًا لكلام ذلك القائل ، هذا فيما لم يكن له رتبة الإمام الغزالي ، فكيف برتبته (قدس الله روحه) ؟ وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٤ /أ- ١٧٥ /) .

(١) في (أ) : « أما إذا وطيء » .

وإنما ينقدح هذا في الذي لا يَشْتهي ، أما المراهق فلا يَنْقدح فيه خلافٌ ؛ إِذِ العاقلةُ إذا مكَّنَتْ مجنونًا رُجِمَتْ . والمراهقُ المشتهي كالمجنون . والثيبُ إذا زنى ببكرٍ رُجِمَ وجُلِدَتْ ، وكذا بالعكس .

أما الحرية إذا انعدمت اقتضى تشطيرَ الحدِّ ، فيجلد [1] الرقيقُ خمسين جلدة ، وفي تغريبه قولان :

أحدهما : أنه لايُغَرَّب ؛ نَظَرًا للسيد .

والثاني : أنه يُغَرَّب .

وفي قدره وجهان :

أحدهما : أنه يُغَرَّب نصفَ سنةٍ ؛ تشطيرًا [2] .

والثاني : أنه يكمل ؛ لأنَّ مايتعلَّق بالطباع لايؤثر فيه الرقُّ كمدة العنّة .

ثم في أصل التغريب مسائل :

الأولى : أن المرأة لاتُغَرَّبها إلا مع مَحْرم . فإن كانت الطرقُ آمنةً ، ففي تغريبها من غير مَحْرَم وجهان [3] ، ووجهه : أنّ هذا سفر واجب كالهجرة [4] .

فإن أوجبنا المَحرَمَ ، (٥ ولم يُوافق إلا بالأجرة فأجرتُه عليها ٥) على وجهٍ ، [وعلى بيت المال على وجه] [6] كأجْرة الجلاد [7] .

---

(١) في (أ) : « فَلْيُحَدّ » .

(٢) وهذا هوالأظهر ، أنه يُغَرَّب نصفَ سنة . انظر الروضة (٨٧/١٠) ومنهاج الطالبين ص (١٣٢) .

(٣) والأصحُ أنها لا تُغرب وحدها . انظر الروضة (٨٧/١٠) .

(٤) يعني أن وجْهَ تغريبها وحدها أنه كالسفر الواجب عليها ، فيلزمها القيامُ به .

(٥) في (أ) : « ولم يوافق إلا بأجرة ، فالأجرةُ عليها » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) والأصح أنّ أُجْرته تخرج من مالها . انظر الروضة (٨٨/١٠) .

وهل للسلطان إجبارُ المحرم بالأجرة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه تغريبُ مَنْ لا ذَنْبَ له [١] .

والثاني : نعم ، وإنما هو استعانة [٢] في إقامة حَدٍّ ؛ فتجب الإجابةُ .

الثانية : مسافةُ الغربة يُقَدِّرها السلطان ، ولكن لاتَنْقُصُ عن مرحلتين [٣] ؛ لأن الوحشة تَلْتقي بتواصُلِ الخبر .

ثم إذا غربناه [٤] إلى بلدة لم نمنعْه من الانتقال إلى أخرى ، وقيل : يمنع . وهو زيادةُ حبسٍ ضُمَّ إلى تغريبٍ بغير دليل .

نعم ، لو عيَّنَ [٥] الإمامُ جهةَ المشرق ، والتمس جهةَ المغرب [٦] ، ففيه خلافٌ ، والظاهرُ : اتباعُ رَأْيِ الزاني [٧] ؛ لأن الغرض الإزعاج [٨] . نعم ، الغريبُ إذا زنى أزعجناه ؛ لينقطع عن محلّ الفاحشة [٩] . فلو كان إلى وطنه مرحلتان فلانُغَرِّبُه إلى وطنه . وإن غرَّبناه إلى بلدة ، فانتقل إلى وطنه ، ففي مَنْعِه نظرٌ ، والظاهِرُ أنه لايمنع [١٠] .

الثالثة : لو عاد المُغَرَّبُ إلى مكانه ، غَرَّبْنَاه ثانيًا ، ولم تُحْسَب المدةُ الماضيةُ على الأظهر ؛ لأنّ لِتوالي الغربة تأثيرًا لايُنكَر كتوالي الجَلْدات .

هذا بيانُ الإحصان . أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يُرْجَم الذميُّ إذا

---

(١) وهذا هوالأصح . انظر الروضة (٨٨/١٠) والمنهاج ص (١٣٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « استعماله » .

(٣) أي حوالي (٩٠) كم .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خصّ » .

(٦) أي والتمس المغَرَّبُ جهةَ المَغرِب .

(٧) والأصح هو اتباع رأي الإمام . انظر الروضة (٨٨/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) .

(٨) يعني نَقْلَه من مكان إلى مكان .

(٩) في (أ) ، (ب) : « عن طرف الفاحشة » .

(١٠) في الروضة (٨٩/١٠) أن الأصح أنه يُمْنع ، وكذا في المنهاج (١٣٢) .

رضي بحكمنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(١)] ؛ وقد رجم النبيُّ ﷺ يهوديين [(٢)] بإقرارهما كانا قد أحصنا [(٣)] ، وذلك إذا رَضُوا بحكمنا . ولو رَضُوا في شرب الخمر لم

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الإسلام ليس من شرط الإحصان ، فإذا زنى ذميٌّ مكلفٌ حرٌّ ، وَطِيء في نكاح صحيح : رُجِمَ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٤٧) . الوجيز (١٦٨/٢) . الروضة (٩٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . المغني لابن قدامة (١٦٣/٨) . منار السبيل في شرح الدليل (٣٦٦/٢) . رحمة الأمة ص (٣٧٣) .

ومذهب الحنفية : أن الإسلام شرطٌ في الإحصان ، فإذا زنى الذميُّ المتزوج ، فلا يُرْجم ، إذ لا يُتَصَوَّر الإحصانُ في حقه . ولكن يُجْلد عند أبي حنيفة ، وهو مذهب مالك أيضًا ، وعنده يُعَاقبه الإمام اجتهادًا . ورُوي عن أبي يوسف كقول الشافعي (رحمهم الله جميعًا) . وزاد مالك أن الذميّ لايحدُّ أيضًا إذا زنى .

انظر : المبسوط (٣٩/٩) . رءوس المسائل ص (٣٥٤) . الهداية (٣٨٥/٢) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٧٢/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . الكافي لابن عبد البر ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٨) . المنتقى (١٣٢/٧) . الشرح الكبير (٣١٣/٤، ٣٢٠) . أسهل المدارك (١٦٤/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩٤/٦) . بداية المجتهد لابن رشد (٥٣٢/٢) .

قال الحموي : « قوله فيه : (أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يرجم الذميُّ إذا رضي بحكمنا ، خلافًا لأبي حنيفة) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد [عليه] إشكال من حيث إنه شرط في الذمي إذا رضي بحكمنا ؛ لأن الذمة في الابتداء لا تنعقد إلا بالتزام أحكامنا وبه فسر قوله تعالى : ﴿ حتى يعطوا الجزيةَ عن يدٍ وهم صاغرون ﴾ وأما إن كان رضي به عند إقامة الحد عليه فليس يشترط رضاه ؛ إذ لو شرط رضاه لسقط الحدُّ عنه إذا لم يَرْضَ بذلك .

قلت : أراد به أنه إذا عقد الذمةَ ولم يتعرَّضْ لهذا فإنه يصح عقدُها ونقيم عليه الحدَّ ؛ لأن الإطلاق يقتضيه فكان كما لو صرح بالرضا .

قلت : لا يبعد أن يقال إن الألف التي في آخر « إذا » زائدة ، وقع ذلك خطأً من الناسخ أو الناقل ، ويكون « إذ » للتعليل ورضاه بذلك ؛ نظرًا لإطلاق اللفظ على ما ذكرناه » إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ذميَّيْنِ » .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٧٢/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ، ورُفِعُوا إلى الإمام » حديث (٦٨٤١) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلًا منهم وامرأةً زَنَيَا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا : نَفْضحهم ويُجْلدون . قال عبد الله بن =

نَحُدَّهم ؛ لأنهم لايعتقدون تحريمَه ، وقد التزمنا مُتارَكَتَهُمْ . والأظهرُ أن الحنفيَّ يُحَدُّ على شُرْبِ النبيذ [1] ؛ لأنه في قبضة الإمام ، والحاجةُ مآسَّةٌ إلى زَجْره .

فأما قولُنا : (إيلاجُ فرجٍ في فرجٍ) فيتناول اللواطَ ، وفيه أربعة أقوال :

أحدها : أنه يُقْتَل الفاعلُ والمفعولُ [به] [2] بالسيف ؛ لقوله ﷺ : « من رأيتموه يَعْمل عَمَلَ قومِ لوطٍ فاقْتُلوا الفاعلَ والمفعولَ به » [3] .

والثاني : أنه يُرْجم بكلِّ حالٍ ؛ تغليظًا .

= سلام : كذبتم ، إن فيها الرجْمَ ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضعَ أحدُهم يدَه على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبد الله بن سلام : ارفعْ يدك ، فرفع يدَه ، فإذا فيها آيةُ الرجمِ ، قالوا : صَدَقَ يا محمدُ ، فيها آيةُ الرجم ، فَأَمر بهما رسول الله ﷺ فرُجِمَا » .

ورواه مسلم (١٣٢٦/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود أهل الذمة في الزنا » حديث (١٦٩٩) . ورواه أبو داود (٥٩٣/٤) حديث (٤٤٤٦) . والترمذي (٣٤/٤) حديث (١٤٣٦) . وابن ماجه (٨٥٤/٢) حديث (٢٥٥٦) جميعا من طرق عن نافع عن ابن عمر به .

(١) وذلك أن مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة أن كل شراب ، أسكر كثيره فقليلُه حرامٌ ، ويُسَمى خمرًا ، وفي شربه الحدُّ ، سواء كان من عنب ، أو تمر ، أو زبيب أو حنطة ، أو شعير ، أو ذرة ، أو أرز ، أو عسل ، أو لبن ، أو نحو ذلك ، وسواء كان نيئًا أم مطبوخًا .

أما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده : أن ما يُتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلالٌ ولا يُحَدّ شاربُه عنده وإنْ سَكِرَ منه . انظر : الهداية (٤٤٨/٤) . رحمة الأمة ص (٢٨٦، ٢٨٧) . الفقه الإسلامي (٦/ ١٥١ - ١٥٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٠٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « فيمن يعمل عَمَلَ قوم لوط » حديث (٤٤٦٢) بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : قال رسول الله ﷺ : « من وجدتموه يعمل عَمَلَ قومِ لوطٍ ، فاقتلوا الفاعلَ والمفعول به » .

ورواه الترمذي (٣٧/٤) حديث (١٤٥٦) . وابن ماجه (٨٥٦/٢) حديث (٢٥٦١) . ورواه أحمد في مسنده (١/ ٣٠٠) حديث (٢٧٢٧) . ورواه الدارقطني في السنن (١٢٤/٣) ، والحاكم في مستدركه (٣٥٥/٤) وصححه ، ووافقه الذهبي . والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٣١٣/١٢) .

والثالث - وهو مُخَرَّج - : أن الواجبَ التعزيرُ .

والرابع : أنه كالزنا ؛ فَيُوجِب الرجْمَ على المحصن ، والجلْدَ على غيره (١) .

ثم الإصابة في نكاح صحيح ، هل يَنْقدح اعتبارُها (٢) في المفعول [به] (٣) ؟ فيه نظر وتردُّ . وفيما (٤) إذا أتى امرأةً أجنبية (٥) ، قيل : هو كاللواط ، وقيل : هو كالزنا قطعًا (٦) . والغلامُ المملوكُ كغير المملوكِ . وقيل : إنه كَوَطْءِ الأختِ المملوكة .

ولو أتى زوجته أو جاريتَه (٧) في دبرها ، فالمذهبُ : سقوطُ الحدِّ ؛ لأنها مَحَلُّ الاستمتاع بخلاف الغلام (٨) ، وفيه وجه بعيد .

فأما قولنا : (مُشْتَهًى طَبْعًا) احترازًا به (٩) عن الإيلاج في الميت ، فلاحَدَّ فيه ، بل التعزير .

وفي البهيمة قولان ، المنصوصُ : أنه التعزير [لا غير] (١٠) ؛ لأنه غير مُشْتَهًى في حالة الاختيار . وفيه قول مُخَرَّج أنه كاللواط (١١) .

وعلى هذا في قَتْل البهيمة وجهان . ووجه القتل (١٢): قولُه ﷺ : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » فقيل للراوي : ما ذَنْبُ البهيمة ؟ فقال : إنمّا تُقْتل حتى لاتُذْكر (١٣) .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠/٩٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « اعتباره » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم » .

(٥) يعني إذا أتاها في دبرها .

(٦) والأصح أنه كاللواط بالذكر ، فيجيء في الفاعل الأقوالُ المذكورةُ ، والأصحّ أنه كالزنا في حقه ، فَيُرْجَم إن كان محصنًا ، ويُجْلد ويُغرَّب إن كان غيرَ مُحْصَنٍ . انظر : الوجيز (٢/١٦٨) . الروضة (١٠/٩١) .

(٧) في (أ) : « ولو أتى جاريته أو زوجته » .

(٨) والمذهب أنه - وإن سقط الحدُّ - ففيه التعزير . انظر الروضة (١٠/٩٠) .

(٩) في (ب) : « فاحترزنا به » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) والأظهر أن فيه التعزير كما في الروضة (١٠/٩٢) والوجيز (٢/١٦٨) .

(١٢) في الأصل : « وجهه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٣) هذا الحديث مُلَفّق من حديثين :

=

وفيه وجه : أنها إن كانت مأكولةً ذُبِحتْ ، وإلا فلا ؛ لأن حرمةَ الروح مَرْعِيَّة ، ولا تكليفَ [(١)] . فإن قلنا : تُقْتل - وكانت محرَّمة اللحم - ففي وجوب قيمتها وجهان :

أحدهما : لاتجب ؛ لأنه [(٢)] مُسْتحقَّة القتل شرعًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه السبب [(٣)] .

ثم تجب على الفاعل ، أو على بيت المال ؟ فيه وجهان . وإن كانت مأكولة اللحم ، ففي حِلِّ أكلها وجهان إذا ذُبحت ، والأصح : الحِلُّ .

والثاني : لا / ؛ لأنه حيوانٌ وَجَبَ قَتْلُه . ٢٥٢/أ

فإن أوجبنا الحدَّ ، فلابُدَّ من أربعة عدولٍ . وإن أوجبنا التعزير ، ففيه وجهان ، والنصُّ يدلُ على اشتراط العدد [(٤)] .

= (الأول) : قوله : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وقد سبق تخريجُه .

(والثاني) : قوله : « فقيل للراوي : ما ذنْبُ البهيمة ؟ ... » وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٤/ ٦٠٩) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٠) باب « فيمن أتى بهيمة » حديث (٤٤٦٤) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « من أتى بهيمةً فاقتلوه واقتلوها معه » . ورواه الترمذي في سننه (٤٦/٤) (١٥) كتاب «الحدود » (٢٣) باب « ما جاء فيمن يقع على البهيمة » حديث (١٤٥٥) وفيه زيادة « فقيل لابن عباس : ما شأن البهيمة ؟ قال : ماسمعتُ من رسول الله ﷺ في ذلك شيئًا ولكن أَرى رسولَ الله ﷺ كَرِهَ أن يؤكل من لحمها أويُنْتفع به ، وقد عُمِلَ بها ذلك العملُ » .

ورواه ابن ماجه (٨٥٦/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٣) باب « من أتى ذاتَ محرمٍ ، ومن أتى بهيمة » حديث (٢٥٦٤) . ورواه أحمد في مسنده (٢٦٩/١) جميعًا من طرق عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ به . وانظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣١٦/١٢) . التلخيص الحبير (٩٢/٤) .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٩٢/١٠) .

(٢) في (أ) : « لأنها » .

(٣) والأصح أن الضمان على الفاعل . انظر الروضة (٩٢/١٠) .

(٤) أي فيشترط شهادة أربعة عدول ، وهو نص الشافعي (رحمه الله) - كما في مختصر المزني ص (٢٦١) - قال : « ولا يجوز على الزنا واللواط وإتيان البهيمة إلا أربعة يقولون : رأينا ذلك منه يدخل في ذلك منها دخولَ المِروَدِ في المكحلة » .

وقولُنا : (محرَّم) احترزنا به عن وطء المنكوحة : الصائمة ، والمُحْرِمة ، والحائض ، والرجعية ، فلا حَدَّ فيه ؛ إذ ليس التحريمُ لِعَيْنِه (١) .

وقولنا : (قطعًا) احترزنا به عن الوطء بالشبهة ، وفي النكاح الفاسد ، وفي المتعة ، فإن فيه كلامًا (٢) .

وقولُنا : (لا شبهة فيه) مأخوذ من قوله ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات » (٣) .

والشبهة ثلاثة [وهي] (٤) : إما في المحل ، أو الفاعل ، أو طريق الإباحة .

---

(١) يعني أن التحريم لعارض الصوم والإحرام والحيض ، والطلاق الرجعي .

(٢) والصحيح أنه لاحدَّ في هذه الثلاثة . انظر الوجيز (١٦٨/٢) .

(٣) رُوِيَ الحديثُ بغير هذا اللفظ مرفوعًا وموقوفًا ، فَرُوِيَ مرفوعًا من طريق علي بن أبي طالب وأبي هريرة وعائشة (رضي الله عنهم) . أما حديث علي فرواه الدارقطني في سننه (٨٤/٣) وفي إسناده مختار ابن نافع التيمي ، وكنيته أبو إسحاق التمّار ، قال فيه ابن حبان : كان يأتي بالمناكير عن المشاهير حتى يَسْبق إلى القلب أنه كان المتعمد لذلك . وقال فيه الذهبي : قال النسائي وغيره : ليس بثقة . انظر : المجروحين لابن حبان (٩/٣) . والمغني في الضعفاء للذهبي (٦٤٦/٢) . وأما حديث أبي هريرة فرواه ابن ماجه في سننه (٨٥٠/٢)(٢٠) كتاب « الحدود » (٥) باب « الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات » حديث (٢٥٤٥) مرفوعًا بلفظ « ادفعوا الحدود ما وجدتم له مَدْفعًا » وفي إسناده إبراهيم بن الفضل ضعفه أحمد وابن معين والبخاري كما في مصباح الزجاجة (٧٠/٢) برقم (٩٠٤) .

وأما حديث عائشة فرواه الترمذي (٢٥/٤)(١٥) كتاب « الحدود » (٢) باب « ما جاء في درء الحدود » مرفوعًا بلفظ « ادرءوا الحدود عن المسلمين ماستطعتم . فإن كان له مخرجٌ فخلُّوا سبيلَه ، فإن الإمام أَنْ يُخْطِىءَ في العفو خيرٌ من أن يُخْطِىء في العقوبة » . ورواه الحاكم في المستدرك (٣٨٤/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وتعقبه الذهبي بأن فيه يزيد بن زياد الشامي وهو متروك كما قال النسائي . انظر تلخيص المستدرك (٣٨٤/٤) .

وقد رُوي هذا الحديث موقوفًا على ابن مسعود ، فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥١١/٥) بلفظ « إذا اشتبه عليك الحدُّ فادْرَأْه » . وقال الشوكاني : ورواه ابن حزم في كتاب « الإيصال » عن عمر موقوفًا عليه . وقال الحافظ : وإسناده صحيح . انظر نيل الأوطار (٢٣٤/٧ وما بعدها) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

أما الشبهة فى « المحلّ » فكالمِلْك ، فلاحَدَّ على من يطأ مملوكتَه وإن كانت مُحَرَّمةً عليه برضاعٍ ، أو نسب ، أو شَرِكة في مِلْك ، أو تزويجٍ ، أو عدةٍ من الغير ؛ لأن المبيح [١] قائمٌ كما في وطء الصائم والحائض .

وإذا وطيء جارية ابنه وأَحْبلها ، فلاحَدَّ ؛ إذِ انتقلَ الملكُ إليه . وإن لم تحبل فالظاهرُ أنْ لاحدَّ ؛ لأن له في ماله شبهة استحقاقِ الإعفافِ . وللشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أن الحدَّ يجب حيث يَحْرُمُ الوطء بالنسب والرضاع ، ويجري في كل تحريم مؤبد ، ولا يجري في الحيض والصوم . وهل يَجْري في المملوكةِ المعتدة والمزوَّجة ؟ ، فيه تردد [٢] .

وأما الشبهة في « الفاعل » فهو أن يَظُنَّ التحليل كما لو زُفّت إليه غَيْرُ زوجتهِ ، فظنها زوجته [٣] ، أو صادَف امرأةً على فراشه ظنَّها زوجتَه القديمة ، أو عقد عقدًا ظنه صحيحًا [وليس بصحيح] [٤] : فلاحَدَّ ؛ إذ لا إثم مع الظن .

وأما الشبهة في « الطريق » [فهو كل ما] [٥] اختلف العلماءُ في إباحته ، فلاحَدَّ على الواطىء في نكاحِ المتعة ؛ لمذهب ابن عباس (رضي الله عنه) [٦] ، وفي نكاح بلا وليّ ؛ لمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ، وبلا شهود ؛ لمذهب مالك (رحمه الله) . وفي القديم قولٌ : أنه يجب في نكاح المتعة ؛ لأنه ثبت نَسْخُه قطعًا . وذهب الصَّيْرَفيُّ إلى إيجابه في نكاح بلا ولي حتى على الحنفيّ ؛ لظهور الأخبار فيه ، وجعله كالحنفي إذا شرب النبيذ . وهو بعيدٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المنع » وهو خطأ .

(٢) والمذهب أنه لاحدّ في وطء كل منهما . انظر الروضة (٩٣/١٠) .

(٣) قوله : « فظنها زوجته » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٦) إذ قد ثبت عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه رخص في متعة النساء عند الحاجة ، ثم رجع عن ذلك . فقد روى البخاري في صحيحه (٧١/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣١) باب « نَهْي رسولِ الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا » حديث (٥١١٦) بإسناده عن أبي جمرة قال : سمعت ابن عباس يُسْأل عن مُتْعة النساء ، فرخَّصَ ، فقال له مولًى له : إنما ذلك في الحال الشديد ، وفي النساءِ قِلَّة ، أو نحوَه ، فقال ابن عباس : نعم » . وانظر فتح الباري (٧٨/٩) وفيه أن ابن عباس رجع عن فُتْيَاه تلك ،وقد وقع الإجماع على تحريمها إلا الروافض .

وماجاوز هذه الشبهات فلاعِبْرَةَ بها عندنا ، فيجب الحد على من نكح أُمَّه ، أو محارمه ، أوزنى بها [1] .

وكذا إذا استؤجرت للزنا [2] ، أو أباحت المرأةُ نفسَها أو جاريتها ، أو زنا ناطقٌ بخرساء ، أو أخرسُ بناطقة [3] ، أو عاقلة مكّنت مجنونًا [4] ، أو اعترف أحد الواطئين

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن من عقد على مَحْرَمٍ له بنسب أو رضاع أو مصاهرة عالمًا بالتحريم ، فالعقدُ باطلٌ . فإن دخل بها فيجب إقامة الحدّ عليه ؛ لأنه وطء صادفَ محلا مقطوعًا بتحريمه عليه . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية ، وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه (١٤٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٢) . الكافي ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٩) . الشرح الكبير (٣١٤/٤ وما بعدها) . أسهل المدارك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل (٢٩١/٦) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٣/٩) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المغني لابن قدامة (١٨٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا تزوج بواحدة من محارمه ودخل بها ، لم يُحَدَّ وإن كان عالمًا بالتحريم ولكن يعزَّر فقط . وخالفَه صاحباه أبو يوسف ومحمد في هذا كما تقدم . انظر : الهداية (٣٨٩/٢) . الاختيار (٨٩/٤) . رءوس المسائل ص (٤٨٤) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٧٩/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من استاجر امرأةً ليزني بها ، أُقيم عليه الحدُّ . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التنبيه (١٤٨) . الروضة (٩٤/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) الشرح الكبير (٣١٤/٤) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩١/٦) . بداية المجتهد (٥٣٠/٢) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع شرح المقنع (٧٣/٩) . المغني لابن قدامة (٢١١/٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من استأجر أمرأةً ليزني بها ، فزنى ، فلا حدَّ عليهما ، وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد . انظر : المبسوط (٥٨/٩) . رءوس المسائل ص (٤٨٧) . الاختيار (٩٠/٤) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) . تبيين الحقائق (١٨٤/٣) .

(٣) انظر المبسوط (٩٨/٩) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٦٦/٣) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا مكنتْ عاقلةٌ مجنونًا من نفسها ، أُقيم عليها الحدُّ . وهو مذهب المالكية والحنابلة، وهوقول زفرمن الحنفية. انظر: الروضة(٩٤/١٠). الغاية القصوى(٩٢٣/٢). حلية العلماء(٢٨/٨). رحمة الأمة ص (٢٧٣). القوانين الفقهية ص(٣٥٨). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣١٣/٤). المقنع ص(٩٨) المبدع شرح المقنع (٧٤/٩).

ومذهب الحنفية : أن الحرة البالغة العاقلة إذا مكّنَتْ من نفسها صبيًّا أو مجنونًا ، فلا حدّ عليها . وقال =

دون الثاني [١] ، أو زنا بامرأة يستحق عليها القصاص ، أو زنا في دار الحرب ، وخالف أبوحنيفة (رحمه الله) في جميع ذلك .

نعم ، اختلف أصحابنا في إقامة الحدّ في دار الحرب ؛ لما فيه من إثارة الفتنة [٢] ، واختلفوا في المكرَه على الزنا ، والظاهرُ : أنه لايجب . أما المرأةُ إذا أُكْرِهَتْ على التمكين من الزنا ، فلا خَلافَ أنه لاحدّ عليها .

هذا بيان موجِب الحدّ ، وينبغي أن يظهر للقاضي بجميع قيوده وحدودِه حتى يجوز له إقامةُ الحدود [٣] ، وذلك بالشهادة والإقرار ، ويكفي الإقرارُ مرةً واحدةً ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لابد من التكرار [٤] حتى قال : لو ثبت الحدُّ بالشهادة ، فصدَّق الشهودَ ، فلا حَدَّ ، وإن كذب أُقيم

= زفر : عليها الحدُّ ، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا (رحمه الله) . أما إن زنى مكلفٌ بمجنونة أو صبية أقيم عليه الحدّ . انظر : المبسوط (٥٤/٩) . الهداية (٣٩١/٢) . رءوس المسائل ص (٤٨٨) . ملتقى الأبحر (١/ ٣٣٥) . تبيين الحقائق (١٨٣/٣) .

(١) عند أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا اعترف أحدُ الواطئيْن دون الثاني لم يُحَدَّ المعترِفُ ، وإذا أقرَّ أربعَ مراتٍ أنه زنى بفلانة ، فقالت : كذبَ ، مازَنَى بي ولا أعرفه : لم يحدَّ في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) : يحدّ ، واستدلا بحديث سهل بن سعد الذي رواه أبو داود (٥٨٦/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٤) « باب رجم ماعز بن مالك » بإسناده عن سهل بن سعد أن رجلًا أَتى النبيَّ ﷺ فأقرَّ عنده أنه زنى بامرأة – سمَّاها له – فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرتْ أن تكون زَنَتْ ، فجلده الحدَّ وتركها » . ورواه الحاكم في المستدرك (٣٧٠/٤) وقال : هذا إسناد صحيح ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٧) . المبسوط (٩٨/٩) . تلخيص المستدرك (٣٧٠/٤) .

(٢) قال ابن الصلاح « وجهُ إثارةِ الفتنة بإقامة الحدِّ في دار الحرب أنه يُخْشى منه التحاقُ المحدودِ بأهل الحرب وارتدادُه ، ففيه إثارةُ فتنةِ الشركِ ، والشركُ في كتاب الله العظيم : مُسَمًّى بالفتنة » . (جـ٢ ق ١٠٤/ب) .

(٣) في (ب) : « الحدّ » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الزاني لو أقرَّ على نفسه بالزنا مرةً واحدةً ، كَفَتْ في وجوب إقامة الحد عليه ، مالم يُكذِّب نفسَه أو يرجع عن الإقرار . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (١٣٣/٦) . مختصر المزني ص (٢٦١) . فتح الوهاب (١٥٨/٢) . فتح المعين ص (٣٨١) . الكافي ص (٥٧٢) . المنتقى للباجي (١٣٥/٧) . حاشية الدسوقي (٣١٨/٤) . أسهل المدارك (١٧٠/٣) . بداية المجتهد (٥٣٦/٢) . =

الحدُّ . ولا خلافَ عندنا أنه إذا رجع وكذّب نفسَه لم نُقِمِ الحدَّ ؛ لأن حق الله تعالى على المساهلة . والقصاصُ لا يَسقُط بالرجوع ، وفي حدّ السرقة خلافٌ ، والأظهر أنه يسقط .

وهل يُنَزَّل منزلةَ الرجوعِ التماسُه تَرْكَ الحدِّ ، أو هَرَبُه ، أو امتناعُه من التمكين ؟ ، فيه وجهان ، أقيسُهما : أنه لا يؤثر ، ووجهُ الإعراض عنه أن شارب خمرٍ هَمَّ رسول الله ﷺ بِحَدِّه ، فهرب ولاذَ بدار العباس ، فلم يتعرَّضْ له [١] .

ثم هذا إنما ينفع فيما يثبت بالإقرار ، فإن ثبت بالشهادة لم ينفعه [٢] شيء إلا التوبة [٣] ، وفيه قولان [٤] :

أصحهما : أنه لا يسقط ؛ إذْ يصير ذلك ذريعةً .

= **ومذهب الحنفية** : أنه لا يكفي الإقرارُ مرةً واحدةً ، بل لابد من تكراره أربع مرات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وزاد الحنفية فاشترطوا الإقرار في أربع مجالس مختلفة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٦٣) المبسوط (٩١/٩) . رءوس المسائل ص (٤٨٢) . تبيين الحقائق (١٦٦/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٤/٩) . زاد المستقنع ص (١٢٨) . المغني لابن قدامة (١٩١/٨ ، وما بعدها) .

(١) الحديث رواه أبو داود في سننه (٦١٩/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « الحد في الخمر » حديث (٤٤٧٦) وفيه قال ابن عباس : « شرب رجلٌ ، فسَكِرَ ، فَلُقِيَ يَميل في الفَجّ ، فانْطُلِقَ به إلى النبي ﷺ فلما حاذى بدار العباس ، انفلت ، فدخل على العباس ، فالتزمه ، فَذُكِر ذلك للنبي ﷺ فَضَحِك وقال : أَفَعَلَها ، ولم يَأْمر فيه بشيء » .

قال أبو داود : هذا مما تفرد به أهل المدينة . قال الخطابي : « يحتمل أن يكون إنما لم يَتَعَرض له بعد دخوله دار العباس (رضي الله عنه) من أجل أنه لم يكن ثبت عليه الحدُّ ؛ بإقرار منه أو شهادةِ عدولٍ ، وإنما لُقِيَ في الفجِّ يَميل ، فَظُنَّ به السُّكْرُ ، فلم يكشف عنه رسول الله ﷺ وتركه على ذلك ، والله أعلم » . معالم السنن (٦١٩/٤) على هامش سنن أبي داود .

وفي عون المعبود (١٧٦/١٢) : « يشبه أن يكون المعنى أن حديث الحسن بن على الخلال هذا – يعني شيخ أبي داود – تفرَّد به عكرمة عن ابن عباس ، وعكرمةُ مولى ابن عباس – معدودٌ في أهل المدينة ، وما روى هذا الحديث غيرُ أهل المدينة ، والله أعلم . والحديث سكت عنه المنذري » .ا.هـ .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لم ينفع » . (٣) في (ب) : « بالتوبة » .

(٤) يعني هل يَسقط الحدُّ بالتوبة ؟ .

والثاني : أنه يَسْقط كما يسقط عن قُطَّاع الطريق إذا تابوا قبل الظفر بهم ، كما ورد به القرآن (١) . وفي توبته بعد الظفر به أيضًا قولان ، والهربُ لا يبعد أن يؤثر على رأيٍ وإن ثبت بالشهادة .

وفي المُسْقِطات في الشهادة عليه ، مسائلُ :

إحداها : لو شهد أربعةٌ على زنا امرأةٍ ، لكن شهد اثنان على أنها مُطاوِعة ، واثنان أنها مكرهةٌ : فلا حَدَّ عليها . وفي وجوب حَدِّ القذف على شَاهِدَيِ المطاوعة قولان ؛ إذ لم يكمل عدد شهادتهم . أما الرجل المذكور بالزنا ، فقد كمل العدد في حقه . فإن حَدَدْنا الشاهديْن حَدَّ القذف ، فقد صارا فاسِقَيْنِ فلا يجب الحدُّ على الرجل بشهادتهما . وإن قلنا : لاحدَّ عليهما ، فالأظهرُ وجوب حدِّ الزنا عليه . وفيه وجه من حيث إن اختلاف الشهادة في الصفة أَوْرَثَ إشكالًا (٢) في الأصل .

الثانية : لو شهد / أربعةٌ على زناها ، فشهِدْنَ أربعةٌ (٣) على أنها عَذْراء ؛ فلاحَدَّ عليها ، ٢٥٢/ب ولايجب حَدُّ القذفِ على الشهود ؛ لاحتمالِ عَوْدِ العذرة ، فيسقط كلُّ حدٍّ باحتمال (٤) .

الثالثة : لو شهد أربعة على الزنا (٥) ، وعيّن كلُّ واحد زاوية أخرى من البيت ، فلاحَدَّ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٦) .

---

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تَقْدِرُوا عليهم ، فاعْلموا أن اللّهَ غفورٌ رحيمٌ ﴾ (المائدة : ٣٤) .

(٢) في (ب) : « تورث شكًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فشهد أربع » .

(٤) في (ب) : « بالاحتمال » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لو شهد أربعة بالزنا » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه إذا عينّ كلُّ شاهدٍ زاويةً غير التي عينها الآخر ولو كانت قريبةً : فلا يقام الحدُّ على المشهود عليه . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر المزني ص (٣١٢) . الوجيز (١٦٩/٢) . الغاية القصوى (٩٢٤/٢) . حلية العلماء (٣٠٦/٨) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المنتقى شرح موطأ مالك (١٤٤/٧) . بداية المجتهد (٥٣٧/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لوعينّ كلُّ شاهدٍ زاويةً غير التي عينها الآخر ، وكانت الزوايا بعيدة ، فلا يقام الحدّ على المشهود عليه ، أما إن كانت قريبة ، فيقام عليهما الحدّ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وقال زفر : لا يُقام على المشهود عليه حدّ . انظر : المبسوط (٦١/٩) . الهداية (٣٩٤/٢) . فتح القدير (٢٨٦/٥) . تبيين الحقائق (١٩٠/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٧/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٩/٩) . المغني (٢٠٥/٨) .

الطرف الثاني

في الاستيفاء

والنظرُ في كيفيته ومُتَعَاطِيه .

أما الكيفية ، فيرعى منها (١ أربعةُ أمور ١) :

أحدها : حضورُ الوالي والشهود ، وبدايةُ الشهود بالرَّمْيِ ، وذلك مستحبٌّ عندنا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجب حضورُ الوالي إن ثبتت [٢] بالإقرار ، وحضورُ الشهودِ إن ثبتت بالشهادة ، ويجب بدايتهم [٣] بالرَّمْي [٤] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أمور أربعة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إن ثبت » .

(٣) في (ب) : « بدايته » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن من وجب إقامةُ حدِّ الرجم عليه بالبينة – والبينةُ الشهودُ – استحب للإمام أن يحضر ، وأن يبدأ الشهودُ بالرمي . وهو مذهب المالكية والحنابلة .

وقد استدل ابن قدامة على هذا بقوله : « ولنا : أن النبي ﷺ أمر برجم مَاعِز والغامدية ، ولم يحضرهما ، والحدُّ ثبتَ باعترافهما » . وقال : « يا أُنيسُ ، اذهبْ إلى امرأة هذا ، فإن اعترفتْ فارجُمْها » ولم يحضُرْها . ولأنه حدٌّ ؛ فلم يلزم أن يحضره الإمامُ ولاالبَيِّنةُ ، كسائر الحدود » . المغني (١٧٠/٨) . مختصر المزني ص (٢٦١) . المنهاج ص (١٣٢) . حلية العلماء (٢٠/٨ وما بعدها) . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) . المنتقى (١٤٦/٧) . الكافي ص (٥٧٢) . القوانين الفقهية ص (٣٦١) . المقنع ص (٢٩٦) المبدع (٥٢/٩) .

ومذهب الحنفية : أنه يجب حضورُ الوالي والشهودِ ، إن ثبت الزنا بالبينة ، وكان الزاني محصنًا ، ويجب بدايةُ الشهودِ بالرمي ، ثم الحاكمُ ، ثم الناس .

وقد اعتبر الحنفيةُ هذا الشرطَ احتياطًا في درء الحدّ ؛ لأن الشهود إذا بدءوا بالرجم ، ربما استعظموا فِعْلَه ، فيحمِلُهم هذا على الرجوع عن الشهادة ، فيسقط الحدُّ عن المشهود عليه ، فإن امتنع بعضُ الشهود عن الرجم ، سقط حدّ الرجم عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو رواية عن أبي يوسف ؛ لأن امتناعهم في الرجم أورثَ شبهةَ الكذبِ في شهادتهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٣) . الهداية (٣٨٣/٢) . الاختيار (٨٤/٤) . تبيين الحقائق (١٦٨/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) .

الثاني : حجارة الرجم [1] لابُدَّ منها ، فلو عدل إلى السيف : وَقَعَ الموقع ، ولكن فيه تَرْكُ التنكيل المقصود . ثم لاينبغي [2] أن يُثْخَن بصخرة كبيرة دفعةً ، ولا أن يُطَوَّل عليه بحصيات خفيفة [3] .

الثالث : إن كان الزاني مريضًا - وهو مرجومٌ - فيرجم ؛ لأنه مُستهلَك ، وإن كان يجلد فيؤخَّر إلى البُرْء إن كان مُنْتَظَرًا . ولا يُحْبس إن ثبتت بإقراره ؛ لأنه مهما أراد ، قَدِرَ على الرجوع . وإن ثبتت [4] بالبينة حُبِس كما تُحْبس الحامل [5] .

وإن كان مجروحًا ولا يُنْظر زوالُ مابه ، ولايحتمل مائةَ جلدة ، فقد قال ﷺ في مثله : « خذوا عثكالًا عليه مائةُ شمراخٍ فاجْلدوه به » [6] . والأظهر أنه يُضْرب به ضربًا فيه إيلامٌ ، ولا يُكْتفى بما يُكْتفى به في اليمين . ولايُشْترط أن تمسَّه جميع الشماريخ ، بل يكفي أن تتثاقَل عليه وتنكبس ، فلو كان عليه خمسون [7] ، ضربناه مرتين . فلو كان يحتمل كلَّ يوم سوطًا فلا نُفرِّق ، بل يُجْلد في الحال . ولوكان يحتمل سياطًا خفافًا ،

(١) في (أ) ، (ب) : « حجارة الرمي » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ولاينبغي » .
(٣) في (ب) : « بحصاة خفيفة » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .
(٥) يعني كما تُحْبَس الحاملُ التي ثبت زِناها بالشهود ، حتى تضعَ حملَها .
(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤/ ٦١٥) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٤) باب « إقامة الحد على المريض » حديث (٤٤٧٢) بإسناده عن ابن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدةً على عظم ، فدخلتْ عليه جاريةٌ لبعضهم ، فهشَّ لها ، فوقعَ عليها ، فلما دخل عليه رجالُ قومه يعودونه ، أخبرهم بذلك ، وقال : استفتوا لي رسول الله ﷺ ؛ فإني قد وقعت على جارية دخلتْ عليَّ ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا : ما رأيْنَا بأحدٍ من الضرِّ مثل الذي هو به ، لو حملناه إليك لتفسَّخَتْ عظامُه ، وماهو إلا جلدٌ على عظمٍ ، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائةَ شمراخٍ ، فيضربوه بها ضربة واحدة » . ورواه النسائي (٢٤٢/٨) كتاب « آداب القضاة » باب « توجيه الحاكم إلى من أخبر أنه زنى » . ورواه ابن ماجه (٨٤٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٨) باب « الكبير والمريض يجب عليه الحد » حديث (٢٥٧٤) . ورواه أحمد في مسنده (٢٢٢/٥) حديث (٢١٩٨٥) جميعًا من طرق عن أبي أمامة بن سهل به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٨٥/٢) برقم (٢٠٨٧) .
(٧) يعني إذا كان على العثكال خمسون شمراخًا .

(١ فظاهرُ كلامِ الأصحابِ ١) أنه يُعْدَل إلى العثكال ؛ لإطلاق الخبر ، ويحتمل أن يقال : ذلك أقربُ إلى الحدّ . فإذا ضَرَبْناه بالعثكال ، فزال مرضُه على الندور ، لم نُعِدِ الحدَّ ، بخلاف حَجِّ المعضوب (٢) .

الرابع : الزمان ، فلا يقام الجلد في فرط الحرّ والبرد ، بل يُؤَخر إلى اعتدال الهواء . والرجمُ - إن ثبت بالبينة - يقام بكل حالٍ ، وإن ثبت بالإقرار يُؤخر إلى اعتدال الهواء ؛ لأنه ربما يرجع إذا مسَّتْه الحجارة فَيَسْرِي القليل منه في الحر .

وإذا بادر الإمامُ في الحرّ المفرط ، فجلد ومات ، فالنص (٣ أنه لا يضمن ، ونصّ أنه لو ختن الإمامُ ممتنِعًا عن الختان في الحر ، فَسَرَى : ضمن . فقيل : قولان ، بالنقل والتخريج :

أحدهما ٣) : أنه يضمن ؛ لإفراطه (٤) في البدار في غير وقته .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحدَّ مُسْتَحَقٌّ ، ولم يَزِدْ على المُسْتَحَقِّ .

وقيل بالفرق ؛ (٥ لأن الخيار ٥) ليس إلى الولاة في الأصل ، فجاز بشرط سلامة العاقبة ، بخلاف الحدّ . فإن قلنا : يَضْمن ، أوجبْنَا التأخيرَ . وإن قلنا : لا ، جعلنا التأخيرَ مستحبًّا ، لاواجبًا . ويجوز أن يقال : يُبَاح التعجيل ، ولكن بشرط سلامة العاقبة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن ظاهر كلام الأصحاب » .

(٢) قال النووي : « المعضوب : العاجز عن الحج بنفسه لزمانةٍ ، أو كَسْرٍ ، أو مرضٍ لا يُرْجَى زوالُه ، أو كبر بحيث لا يَسْتمسك على الراحلة إلا بمشقّة شديدة . هذا حدُّه عند أصحابنا . وهو من « العَضْب » بفتح العين وإسكان الضاد ، وهو القطع ، هكذا قاله أهل اللغة ، وقالوا : يقال منه : عضبته ، أي : قطعته . قال الجوهري في الصحاح : المعضوب : الضعيفُ . قلت : فيجوز أن يكون تسمية الفقهاء العاجز عن الحج « معضوبًا » لهذا . ويجوز أن يكون من القطع ؛ لأن الزمانة ونحوها قطعت حركته ، وهذا هو الذي قاله الشارحون لألفاظ الفقهاء » . تهذيب الأسماء واللغات (٢٥/٢/٣) . وانظر : المصباح المنير (٦٣٤/٢) .

(٣) مابين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « بإفراطه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من حيث إنّ الختان » .

ثم يحتمل أن يقال : شرطُه أن تَغْلب السلامةُ منه ؛ إذ ليس المرادُ من الحد القتلَ ، حتى لو تعدّى به مُتَعَدٍّ فلا قصاصَ . ويحتمل أن يقال : لا يعتبر ذلك إلا في التعزير [١] ، أما الحدّ فلا يبعد أن يكون قاتلًا فلا يجب القصاصُ به ، ومن مات به فالحقُّ قَتَلَه ، ويدلُّ عليه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) على جواز المبادرة في الحرّ .

فأما المُسْتَوْفِي للحدّ [٢] ، فهو الإمام في حقِّ الأحرار ، والسيدُ في حق المماليك عندنا لا [٣] في المكاتب ، ومَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ . فأما المُدَبَّر وأُمُّ الولد فَقِنٌّ ، وللإمام [٤] الاستيفاءُ أيضًا .

ثم إذا [٥] اجتمع السيد والسلطانُ ، فأيُّهما أولى ؟ فيه احتمالٌ . وهل للسيد تعزيرُ عبدِه ؟ الظاهرُ أنَّ له ذلك . وقيل : لا ؛ إذْ قال رسول الله ﷺ : « إذا زَنَتْ أَمَةُ أحدِكم فَلْيَحُدَّها » [٦] فلم يَرِدِ الخبرُ إلا في الحدّ .

ثم اختلفوا في أن مَأخذه : الولايةُ أو استصلاحُ المِلك ؟ فإن قلنا : مأخذُه الولايةُ ، لم يكن ذلك للمرأة والفاسقِ وللمكاتب في عبيدهم [٧] . وكذلك اختلفوا في القطع والقتل ، فمن جَعَلَه ولايةً [٨ سلط السيدَ عليه ٨] ، ومن جعله استصلاحًا ، فهو استهلاكٌ ، فلا يقدر عليه . ومنهم من قال : في القطع استصلاحٌ بخلاف القتل .

---

(١) في (ب) : « التعزيرات » .

(٢) في (ب) : « للجلد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم الإمام » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٧١/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « لا يُثَرَّب على الأمة إذا زنتْ ولا تُنْفَى » برقم (٦٨٣٩) باسناده عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ « إذا زنت الأمة فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت الثالثة فليبيعها ولو بحبل من شعر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٣٢٨/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود - أهل الذمة - في الزنا » حديث (١٧٠٣) . ورواه أبو داود في سننه (٦١٢/٤) حديث (٤٤٦٩) جميعا من طرق عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٧) في (ب) : « عبيده » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « سلط عليه السيد » .

ثم هذا فيه إذا شهد [١] السيدُ الفاحشة أو أقرّ [٢] . فأما إذا شهد الشهودُ ، فإن قلنا : استصلاحٌ ، فليس له منصبُ الحكم . وإن قلنا : ولايةٌ ، فوجهان ؛ لأن الحكم يَسْتدعي مَنْصبًا ، فإن منعناه فَيَسْتَوْفِيه إذا قضى به القاضي . فإن جَوَّزْنا له سماعَ البينةِ ، لم نشترط كونَه مجتهدًا ، بل يكفيه العلمُ بما يُوجِبُ الحدَّ .

فرع : من قُتل حَدًّا ، غُسّل ، وصُلّي عليه ، ودُفِنَ في مقابر المسلمين / كالمقتول قصاصًا . ٢٥٣/أ

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا شاهد » .

(٢) يعني إذا شاهد السيدُ الفاحشة بنفسه ، أو أقر العبد على نفسه بذلك .

الجناية الرابعة هي : القذف

كتاب حَدِّ القَذْف (١)

والنظر في الموجِب والواجب .

أما الموجِب : فالنظر في القذف ، والقاذف ، والمقذوف .

أما القذف : فقد ذكرناه في اللعان . والذي نزيده الآن أنه لابد أن (٢) يكون في مَعْرِض التَّعْيير ، فلو كان في معرض الشهادة فلا حدّ إلا إذا رُدّت (٣) الشهادة لعدم الأهلية ، كما لو كان الشاهد عبدًا أو ذميًا ، ، فعليهم حَدُّ القذف . وإن رُدَّت الشهادةُ بنقصان العدد – بأن شهد ثلاثةٌ – ففيه قولان :

أقيسُهما : أنه لا يجب ؛ لأن الشهادة أمانةٌ يجب (٤) أداؤها ، وكلٌّ واحدٍ لا يكون على ثقة من مساعدة غيره .

والثاني : [أنه] (٥) يجب ؛ لقصة عمر (رضي الله عنه) مع أبي بكرة (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب : حد القذف . الجناية الرابعة : القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) .   (٣) في (ب) : « رَدّ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يجوز » .   (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أبو بكرة هو نفيع الثقفي الصحابي المشهور ، ومُلَخَّصُ هذه القصة ، أن المغيرة بن شعبة كان أمير البصرة – في خلافة عمر بن الخطاب ، فاتهمه أبو بكرة ونافعُ بن الحارث بن كلدة – وهو معدودٌ في الصحابة – وشِبْل بن معبد – وهو معدود في المخضرمين – وزياد بن عبيد الذي استلحقه أبو سفيان ، فكان يُدْعَى : زياد بن أبي سفيان ، فاجتمع هؤلاء فرأوا المغيرةَ مُتَبَطِّنَ امرأةٍ ، فرحلوا إلى عمر بن الخطاب فشكوه ، فعزلَه عمرُ ، ووَلَّى أبا موسى الأشعري ، وأحضر المغيرة ، فشهد عليه الثلاثةُ بالزنا ، وأما زياد فلم يَبُتَّ الشهادة ، وقال : رأيتُ منظرًا قبيحًا ، وما أدري ، أخالطَهَا أم لا ؟ فأمر عمرُ بجلْدِ الثلاثة حَدَّ القذف . وهذه الواقعة رواها البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٣٤، ٢٣٥) ، وذكرها البخاري تعليقا في صحيحه قال : وجلد عمرُ أبا بكرة وشبلَ بن معبد ونافعًا بقذف المغيرة ثم استتابهم . انظر فتح الباري للحافظ ابن حجر (٥/ ٣٠١) .

وأما إذا شهد له أربعة [١] ، ثم رَجَع واحدٌ ، فالراجعُ مَحْدُودٌ ، والمُصِرُّ غير محدود ؛ إذْ تمت الشهادةُ أولًا [٢] ، وقيل بطرد القولين . وهو بعيد .

ثم ذلك لا ينقدح [٣] في الرجوع بعد القضاء أصلًا .

أما إذا رُدَّت الشهادةُ بالفسق : فإن كان بفسقٍ يُجاهِر به ، ففيه قولان [٤] ، وإن كان بفسق خَفِيٍّ انكشف [٥] ، فقولان مرتبان ، وأَوْلى بأن لا يُحَدَّ ، ووجهُ إسقاطِ الحدّ : أنّ الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء [٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وأما إذا شهد أربعة » .

(٢) قال الحموي : « قوله في القذف : (وإن ردت الشهادة لنقصان العدد - بأن شهد ثلاثةٌ - ففيه قولان منشؤهما أنه يجب ؛ لقصة عمر مع أبي بكرة ، وأما إذا شهد أربعة ورجع واحد ، فالراجع محدود دون المصرحين ؛ إذ تمت الشهادة أولًا) .

قلت : لابد من معرفة قصة عمر حتى يتجه الإشكالُ عليه ؛ وذلك أن أبا بكرة ونافعًا وزيادًا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر (رضي اللّه عنه) ، ولم يصرح أبو بكرة بالشهادة بالزنا عليه ، فجعل عمر الثلاثة قَذَفَةً فحدَّهم ، ثم قال أبو بكرة للمغيرة بعد ذلك : زنيت ، فهمَّ عمر (رضي اللّه عنه) أن يحده فقال له علي (رضي اللّه عنه) : إن كنت تريد أن تحده فارجم صاحبك ، يعني إن جعلت قوله هذا هو القذفَ الأول فقد حددته له ، وإن جعلته استئنافَ شهادة أخرى فقد تمت الشهادة فارجم المغيرة ، وإذا كان كذلك لم تكن هذه الواقعة موافقةً لما ذكره الشيخ ، فإن في الابتداء شهد أربعةٌ ولكن لم يتحقق واحدٌ منهم ما شهد به ، بخلاف مسألة الكتاب ، فإن ثلاثة شهدوا فكان عليهم الحدّ بخلاف الرابع الذي لم يحقق شهادته ، فإنه جعل شهادته شبهةً للتكميل .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه لما لم تقبل شهادته فصار بمنزلة ما لو شهد ثلاثة ، والإشكال ضعيف » إشكالات الوسيط (ق ١٨٠ / ب ، ١٨١ / أ) .

(٣) في (أ) : « لا يقدح » . (٤) في (أ) ، (ب) : « فقولان » .

(٥) كلمة : « انكشف » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وَجْهُ إسقاطِ الحدِّ ، أن الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء) هكذا ذكره شيخُه ، وهو مُنْتَقَضٌ بالعبد والذِّمي ، فإنهما أهلان للشهادة عند بعض العلماء ، ولا خلاف في وجوب الحدِّ عليهما على ما ذكره هو وشيخُه ، وحكاه عن المحققين ، فكأنهما لم يَسْتَحْضِرا الخلافَ في العبدِ والذمي . ويُمْكِن أن يُفَرَّق بينهما بأن الفاسق أَمَسُّ وأَعْلَقُ بالشهادة من العبدِ والذميّ ، ولهذا لا تقبل شهادةُ الفاسق المعادة بعد التوبة لِتَعَيُّرِه بِرَدِّ شهادته ، وتُقْبَل المعادةُ من العبد والذمي ؛ لِعَدَمِ تَعَيُّرِهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٠٦ / أ) .

(أما رد شهادتهم بأداءِ اجتهادِه إلى فسقهم)[1] ، فلا حَدَّ عليهم ؛ إذ الحدُّ يَسْقط بالاحتمال .

أما القاذف : فَيُعتبر فيه التكليفُ والحرية . وإن انتفى التكليفُ فلا حدَّ . وإن انتفت الحريةُ تشَطَّر الحدُّ . وهذا يدل على مشابهته[2] حقوقَ الله تعالى ، لكن الغالب في حدّ القذف حقُّ الآدمي ؛ إذ يَسْقط بعفو المقذوف ولكن[3] لا يَسْقط بإباحة القذف على الصحيح .

ولا يقع الموقع إذا استوفى المقذوفُ ؛ لأن للاجتهاد دَخْلًا في تقدير وَقْعِ الجلدات ، فهو من شأن الولاة ، لا كالقتل الذي يقع موقعَه في حقّ الزاني المحصن إذا بادر إليه واحدٌ من المسلمين وإن تعدّى به

ومُسْتَحِقُّ القطعِ والقتلِ قصاصًا ، عليه أن يرفع إلى القاضي ، فإن استقلَّ به وقع موقعه . وينقدح وجهٌ في حدِّ القذف أيضًا : أنه يقع موقعَه .

أما المقذوفُ : فَيُعْتبر إحصانُه لإيجاب الحدّ ، وقد ذكرناه في اللعان .

الطرف الثاني : في قدر الواجب ، وهو ثمانون جلدةً على الحرِّ ، وأربعون على الرقيق . فإن تعدَّدَ القذفُ ، بأن نَسَبه إلى زَنْيَتَيْنْ ، فإن لم يتخلل استيفاءُ الحدِّ : تداخَل . وإن تخلل فقولان :

أصحهما : أنه يُحدّ حدًّا آخر ؛ لتجدُّدِ الموجبِ .

والثاني : لا ؛ لأنه قد ظهر كذبُه في حقِّه مرةً واحدة .

ولو عيَّن الزنا بشخص أولًا ، ثم أطلق الزنا ثانيًا : حُمِلَ على الأول ما أمكن ، ولم نستأنف الحدّ .

ولو قذف شخصين بكلمتين فَحَدَّانِ . ولو قال : زَنَيْتُمَا ، ففي تعدُّد الحدِّ خلافٌ ، وقد ذكرناه في اللعان في جملة من أحكام القذف والحدِّ ؛ فلا نُعيدُه .

* * *

---

(١) في (ب) : « أما إذا رد شهادتهم لأداء اجتهاده إلى فسقهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مشابهة » .

(٣) في الأصل : « لكن » بدون الواو .

الجناية الخامسة الموجبة للحَدّ : السرقة

كتاب « حد السرقة » (١)

والكلام فيه في : الموجب ، وفي طريق إيجابه (٢) بالحجة ، وفي الواجب .

الطرف الأول : [في] (٣) الموجب ، وهو السرقة . ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ، والسارق (٤) .

الركن الأول

المسروق

وله ستة شروط (٥) : أن يكون نصابًا ، مملوكا لغير السارق ، ملكًا محترمًا ، تامًّا ، مُحَرَّزًا ، لا شبهة للسارق فيه (٦) ، فلنشرح هذه القيود :

الشرط الأول : النِّصَاب . وهو عندنا رُبْعُ دينارٍ فصاعدًا (٧) ؛ لقوله ﷺ : « لا قَطْعَ إلا في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب حد السرقة . الجناية الخامسة الموجبة للحد : السرقة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إثباته » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (السرقة ، ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ، والسارق) هذا في غاية الإشكال ؛ من حيث كونُه جَعَلَ السرقةَ ركنًا للسرقة ، وجعل السارقَ والمسروقَ ركنين لها ، مع أن ركنَ الشيءِ جزءٌ منه ، وجوابُه ما بيَّنْتُه في أول كتاب « البيْع » من أن ركن الشيء في اصطلاح الغزالي وتصرُّفِه ، عبارةٌ عما لابد منه في وجود صورته ؛ لكونه جزءًا منه ولكونه لازمًا ، له به اختصاص . وفيه احتراز عن الزمان والمكان والأمور العامة التي لابُدّ منها ولا اختصاصَ فيها ، وعن الشرط الذي لابد منه في وجود صحته لا في وجود صورته . والسارقُ والمسروقُ لابد منهما في وجود صورة السرقة ، وهما لازمان ، لهما اختصاصٌ بها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شرائط » . (٦) في (أ) ، (ب) : « لا شبهة فيه للسارق » .

(٧) وربع الدينار يساوي = ١,٦ جرامًا من الذهب تقريبًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢١٢) .

رُبعِ دينار » [١] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « هو دينار أو عشرة دراهم » . وقال مالك (رحمه الله) : [هو] [٢] ربع دينار أو ثلاثة دراهم [٣] . وقال داود (رحمه الله) : لا يُشْتَرط النصاب [٤] .

ثم نريد الربع المضروب دون الإبريز [٥] .

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢ / ٩٩) (٨٦) كتاب « الحدود » (١٣) باب « قول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وفي كم يُقْطع ؟ » حديث رقم (٦٧٨٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال النبي ﷺ : « تقطع اليد في ربع دينار فصاعدًا » .

ورواه مسلم (٣ / ١٣١٢) (٢٩) كتاب « الحدود » (١) باب « حد السرقة ونصابها » حديث (١٦٨٤) . ورواه أبو داود (٤ / ٥٤٥) حديث (٤٣٨٣) . والترمذي (٤ / ٤٠) حديث (١٤٤٥) . والنسائي (٨ / ٧٨) جميعًا من طرق عن الزهري عن عمرة عن عائشة به مرفوعًا .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يقطع السارق إلا في ربع دينار ، أو ما يُسَاوِي قيمتُه ربع دينار . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) . التنبيه ص (١٤٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٣٩) . حاشية أبي الضياء على شرح المنهاج (٧ / ٤٣٩) . حلية العلماء (٨ / ٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه تقطع اليد في دينار من الذهب ، أو عشرة دراهم من الفضة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٩) . المبسوط (٩ / ١٣٧) . رءوس المسائل ص (٤٩١) . اللباب (٣ / ٢٠٠) .

ومذهب المالكية : أن النصاب ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب ، أو ما قيمة أحدهما حين السرقة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الكافي ص (٥٧٨) . القوانين الفقهية ص (٣٦٤) . المنتقى (٧ / ١٥٦) . حاشية الدسوقي (٤ / ٣٣٢) . تنوير الحوالك (٢ / ١٧٢) . منار السبيل (٢ / ٣٨٦) .

(٤) ومذهب داود (رحمه الله) : أنه لا يشترط النصاب في السرقة ، بل تقطع يد السارق مطلقًا في القليل والكثير . انظر : رسالة في مسائل الإمام داود ص (٢٥) جمع الشيخ محمد الشطي الحنبلي . حلية العلماء (٨ / ٥١) . المغني لابن قدامة (٨ / ٢٤٢) .

(٥) يعني أن الاعتبار في النصاب هو بالذهب المضروب ، فَبِهِ يقع التقويمُ ، حتى لو سرق شيئًا يساوي ربعَ مثقال من الذهب غير المضروب - كالسبيكة والحُليّ - التي لا تبلغ قيمتُها ربعًا مضروبًا ، فلا قطع .

ولو سرق خاتمًا وزنُه دون ربع ، وقيمتُه - بالصنعة - تبلغ ربعًا فلا قَطْعَ على الصحيح . والخلافُ في المسألتين راجعٌ إلى أن الاعتبار بالوزن ، أو بالقيمة ؟ . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١١٠) .

فروع

الأول : لو سرق رُبْعَ مثقالٍ من الإبريز لا يسوى [1] ربعًا مضروبًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قَطْعَ ؛ لأنا نُقَوِّم السلعَ بالمضروب ، وهو كسلعة [2] .

والثاني : يجب ؛ لأن الاسم ينطلق عليه ، فيجب به وإن لم يُقَوَّم به . وعلى هذا ، لو سرق خاتمًا قيمتُه ربعٌ ، ووزنُه سدسٌ : وَجَبَ القطعُ إن اعتبرنا التقويمَ ، [3] وإن اعتبرنا بالوزن فلا قطع [3] .

الثاني : لو سرق دنانير – ظَنَّها فلوسًا – لا تُسَاوي ربعًا : وجب القطعُ ، ولا يُشترط علمُه بكونه نصابًا . ولو سرق جبَّةً قيمتُها دون النصاب ، لكن في جيبها دينارٌ ، وهو لم يَشْعر به : وَجَبَ الحدُّ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب [4] . ولأصحابنا وَجْهٌ يوافقه من حيث إنه لم يَقْصِد إخراجَ دينار [5] .

الثالث : لو نَقَصَ قيمةُ النصاب – بأكْلِه أو تمزيقه – قبل الإخراج من الحرز : فلا قطع [6] ، وإن نقص بعدُ وَجَبَ القطْعُ [7] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا يساوي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهذا كسلعة » . وهذا الوجه هو الصحيح ، فلا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن نظرنا إلى العين ، لم يجب » .

(٤) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) كتاب المبسوط للسرخسي (٩ / ١٦١) .

وقد اتفق الشافعية والحنفية فيما إذا علم أن في الثوب دينارًا أو أكثر ، فاتفقا – في هذه الصورة – على القطع . انظر : المنهاج ص (١٣٣) . الغاية القصوى (٢ / ٩٢٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٤١) . المبسوط (٩ / ١٦١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الدينار » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو نقص قيمة النصاب ، بأكله أو تمزيقه قبل الإخراج من الحرز) يُعْترض عليه بأنَّ أكْلَه يُبْطل قيمته لا أنه ينقصها ، فَلْيحمل قوله : (بأكله) على أكْلِ بعضه ، أو على ما إذا كان ذلك حرزَه أو نحوها فَبَلَعها ، ونقصتْ بذلك قيمتُها وفرَّعْنا على الصحيح في أنه يجب القطع على من بلع جوهرةً في الحرز ، وخرج منه – وهي في جوفه – وهي نصابٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٧) يَقْصد بنقصان القيمة هنا – والله أعلم – نُقْصَانَ السِّعر ، وهذا يُتَصوَّر فيه خلافٌ بين الشافعي وأبي حنيفة ؛ إذْ =

الرابع : لو أخرج نصابًا [(١)] ، ولكن بِكَرَّاتٍ ، وكلُّ كَرَّةٍ ناقصٌ عن نصاب : فلا قطع ، وإنما تتعدد الكرات بأن يُعَاد إحكام الحرز ، ويَطَّلع المالكُ على الأول [(٢)] . فلو لم يتخلل ذلك ولكن كان يُخْرِجه شيئًا / شيئًا [(٣)] ، فثلاثةُ أوجهٍ : ٢٥٣/ب

أحدها : أنه لا يجب ؛ لِتعدُّدِ الصورة .

والثاني : يجب ؛ إذِ السارق [قد] [(٤)] يحتاج إلى أن يُخْرِجَه مُفَرقًا [(٥)] .

والثالث : أنه إنْ تخلَّلَ طُولُ زمانٍ ، أو رَدّ المسروق إلى بيت السارق – ولو في زمان قصير –

= هما متفقان على أنه إذا أخرج المسروقَ من الحرز – وهو يساوي نصابًا عند كل منهما – ثم مَزّقَه أو شقَّه ، أو نحو ذلك ، فنقصت قيمتُه ، وجب القطع عند كل منهما . أما نقصان قيمة المسروق بنقصان السعر – بعد الإخراج من الحرز – فهذا فيه خلاف بين الشافعي وأبي حنيفة (رحمهما اللّه) ، فعند الشافعي : يقطع السارق ، إذ السرقةُ تمت بنصاب كامل ، فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع ، وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . وأما أبو حنيفة (رحمه اللّه) فيقول : إنه لا قطع في هذه الحالة ، وخالفه محمد بن الحسن وزفر . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) روضة الطالبين (١٠ / ١١٣) . حلية العلماء (٨ / ٧٠ ، ٧١) . المبسوط (٩ / ١٦٣) . فتح القدير (٥ / ٤١٧) . رد المحتار (٤ / ١١١) . المغني (٨ / ٢٧٠) .

(١) في (أ) ، (ب) : « النصاب » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإنما تتعدد الكرات بأنْ يُعَاد إحكام الحرز ، ويَطَّلع المالك على الأول) يعني من غير إحراز . وكان ينبغي أن يقول : (أو بأن يطلع المالك) غير أنا نقول : أراد « وبأن يطلع المالك » أي : يحصل التعدد بهذا وحده ، ويحصل أيضًا التعددُ بذلك ، أو لا يشترط فيه اجتماعُهما . ووجهُ التعددِ بتخلُّلِ اطلاع المالك – من غير إحراز – أن السارق يكون حينئذ قد أَخَذ الأول مما أحرزه المالك وأخذ الثاني مما تركه غَيْرَ مُحَرَّزٍ . وهذا تنويع صَدَرَ من المالك ، يُوجب كونَهما سَرِقتين بخلاف ما إذا لم يتخلل بينهما اطلاعُ المالك ؛ فإنه لم يختلف حينئذ الأولُ والثاني بالنسبة إلى إحراز المالك كما اختلفا في صورة الاطلاع ، وهو يظن أنهما محرزان بإحرازه أولًا ، ولا اختلاف بالنسبة إلى هتك السارق للحرز ، فإنه أخرجهما بهتكٍ واحدٍ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٧ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فشيئًا » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ)،(ب) : « متفرقًا » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ١١١) ، والغاية القصوى (٢ / ٩٣٠) .

فلا قطع [1] ، [2] وإن لم يتخللْ شيءٌ من ذلك فمتّحد [2] .

الخامس : لو فتح أسفل كُندوج [3] ، وكان يخرج شيئًا شيئًا [4] على التواصل ، فإن قلنا : يجب ثَمَّ وإن لم يتواصل ، فهاهنا أولى ، وإن لم نوجب ثَمَّ فهاهنا وجهان ؛ لأن الفعل متحد [5] ولا خلاف أنه لو أخذ طرفَ منديلٍ فكان يجره ، ويخرج من الحرز شيئًا شيئًا : وجب القطع ؛ لأن ذلك في حكم المتَّحِد . ولو أخرج نِصْفَه وترك النصفَ الآخرَ في الحرز ، فلا قَطْعَ وإن كان القدر المخرج – لو فُصِلَ – لكان يساوي نصابًا ؛ لأنه شيءٌ واحد ولم يَتِمَّ إخْراجُه .

السادس : لو جَمَعَ من البذر المبثوث في الأرض ما يَبْلُغ نصابًا [6] ، وهو محرز ، فالصحيح وجوبُ القطع . وقيل : لا يجب ؛ لأن كلَّ حفرةٍ حرْزُ حبةٍ ، فلم يُخْرِج من كل حرزٍ إلا بعضَ النصاب .

السابع : إذا اشترك رجلان في حَمْلِ ما دون نصف دينار : فلا قَطْعَ عليهما ، ولو حَمَلا مقدارَ نصفٍ : لَزِمَهما ؛ إذْ يَخُصّ كلَّ واحدٍ نصابٌ . فإن قيل : كيف يجب القطع بالتقويم وهو مجتهدٌ فيه ؟ ، قلنا : يَنْبغي أن يَقْطَع المُقَوِّمُ بأنه يُسَاوي الربع ، فلو قال : أظنُّ أنه يُسَاوي ، لم يَجِبْ .

الشرط الثاني : أن يكون مملوكًا لغير السارق .

فلا قطع على من سرق مِلْكَ نفسِه وإن كان مرهونًا أو مستأجرًا ، وكذا لو طرأ ملكه قبل إخراجه بموت الموروث ، فلا قطع . ولو طرأ بعد الإخراج لم يُؤَثِّر عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [7] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « على الوجه الثالث يحصل التعددُ بأنْ يأخذ المسروقَ الأولَ ويَذْهب به إلى موضع يَضَعُه فيه ، ثم يعود ويأخذ الثاني ، ولا يُشْترط فيه أَخْذُه إلى بيت السارق . وعبارةُ المصنفَ فيه ، عبارةٌ قَلِقَةٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يتخلل شيء من ذلك : قُطع » .

(٣) الكندوج : كلمة معرّبة من « كندو » ويطلق على ما يُشْبه المخزن . وقد تطلق على وعاء النحل ، وهو الخلية عند العرب . انظر : القاموس المحيط ص (٢٦٠) . تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٢٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شيئًا فشيئًا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كالمتحد » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ما بلغ نصابًا » .

(٧) مذهب الأئمة الأربعة : أن السارقَ إذا ملك العينَ المسروقة بهبةٍ ، أو بيعٍ ، أو غيرهما من أسباب الملك ، قبل رفعه =

ثم لو ادعى السارقُ المِلْكَ ، سقط الحدُّ بمجرد دعواه ؛ إذْ صار خصمًا يجب اليمين بدعواه على صاحب اليد ، فيبعد أن تُقْطَعَ يَدُه بيمينِ غيره . وفيه قول مُخَرَّجٌ : أنه يجب الحدُّ ؛ لأن هذا يَصير ذريعةً .

ثم إذا فرعنا على النص ، فلو ادعى المِلْكَ لشريكه في السرقة ، أو لسيده – وهو عبدٌ – سقط أيضًا . نعم ، لو كذَّبَ السيدُ – أو الشريكُ – سقط عن المدعي أيضًا ، ولكن هل يَسْقط عن الشريك المكذب ؟ ، فيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يسقط ، لأنه لم يَدَّعِ لنفسه شبهةً ، وقال القفال : يسقط ، لأنه جرت الدعوى [1] ، لو صدق لسقط ، فصار كما لو أَقَرَّ المسروقُ منه للسارق ، فكذَّبَ ، فإنه لا قَطْعَ .

الشرط الثالث : أن يكون محترمًا .

فلا قَطْعَ على سارق الخمر والخنزير ؛ لأنه لا ماليَّةَ ولا حُرْمةَ ، ولا على سارق الطنبور والبربط [2] والملاهي [3] وإن كان الرُّضَاض [4] بعد الكسر يساوي نصابًا مهما أخرجه على قَصْدِ الكَسْرِ [5] ، وإن قصد السرقة ، فوجهان :

= إلى الحاكم والمطالبة بها عنده : لم يجب القطع ؛ لأن مِنْ شرط القطع المطالبةَ بالمسروق وبعد ملك السارق للعين ، لا تصحُّ المطالبة .

أما إذا ملكها بعد رفعه للحاكم والمطالبة بها ، فمذهب الشافعية : أنَّ القطْعَ لا يَسْقط ، وهو مذهبُ المالكية والحنابلة أيضًا .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أن القطع يَسْقط ؛ لأنها صارت ملكَ السارق ، فلا يُقْطع في عينٍ هي ملكُه كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأنَّ المطالبة شرطٌ ، والشرطُ يُعْتبر دَوَامُه ، ولم يَبْقَ لهذه العين مطالبٌ . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١١٤) . الغاية القصوى (٢ / ٩٣٠) . المغني (٨ / ٢٦٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « جرت دعوى » .

(٢) البربط : هو العود المعروف من آلات الموسيقى ، وهو معرب من « بَرِبَط » أي : صدر الإوَزّ ؛ لأنه يشبهه . انظر القاموس المحيط ص (٨٥٠) .

(٣) الملاهي : آلات اللهو والموسيقى . انظر القاموس المحيط ص (١٧١٧) .

(٤) الرُّضاض : فُتَاتُ الشيء . وكلُّ شيءٍ كسَّرْتَه فقد رَضْرَضْتَه . انظر مختار الصحاح ص (٢٤٥) مادة (رض ض) .

(٥) يعني لا قَطْعَ عليه إذا قَصَدَ كَسْرَ هذه الآلات المحرمة تغييرًا للمنكر .

أحدهما : يجب ؛ لأنه لم يُخْرِجه على الوجه الجائز .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحرز لا يتحقَّق معه ، وهو مُسَلّط على الدخول والإخراج (١) .
ويطَّرد هذا في أواني الذهب والفضة حيث يجب كَسْرُهَا .

الشرط الرابع : أن يكون الملك تامًّا قويًّا .

احترزنا (**بالتمام**) (٢) عما يكون للسارق فيه شَرِكَةٌ أو حقٌّ ، فلو سرق أَحَدُ الشريكين مالًا مشتركًا من صاحبه ، فالظاهر : أنه لا قطع عليه ، حتى لو لم يكن له من ألف دينارٍ سَرَقَه إلا دينارٌ : فلا قَطْعَ ؛ إذْ لا جُزْءَ منه إلا وله فيه حقٌّ شائعٌ فيصير شُبْهَةً . ومنهم من قال : لا أَثَرَ للشركة ، بل لو سرق نصْفَ دينار من مالٍ مشتركٍ بينهما : قطع ؛ إذْ قَدْر النصاب ليس ملكًا له مما أخرجه . ومنهم من قال : هو كذلك إن لم يكن المالُ قابلًا للقسِمْة .

أما إذا كان بينهما ديناران ، فسرق أحدُهما [دينارًا] (٣) فلا قطع ، ويُحْمل ذلك على قسمة فاسدة . ولو سرق دينارًا وربعًا : لَزِمَه لا محالةَ .

أمّا ما للسارقِ فيه حقٌّ (٤) - كَمَالِ بيتِ المال - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قطع ؛ لأنه مُرْصَدٌ لمصلحته إذا مَسَّتْ حاجته [إليه] (٥) ولا ينظر إلى استغنائه في الحال ؛ كالابن لا تقطع [يده] (٦) بسرقةِ مالِ أبيه وإن كان غنيًّا .

والثاني : أنه إن سَرَقَ مِنْ مالِ الصدقات مَنْ هو فقيرٌ : فلا قطع (٧) ، ....

---

(١) قال في الروضة (١٠ / ١١٦) : « ولو سرق آلات الملاهي ، كالطنبور والمزمار ، أو صنمًا : فإن كان لا يبلغ - بعد الكسر والتغيير - نصابًا ، فلا قطع . وإن بلغه قطع على الأصح عند الأكثرين ، منهم العراقيون ؛ لأنه سرق نصابًا من حرز . واختار الإمام وأبو الفرج الزاز : أنه لا قطع ؛ لأنه من الملاهي فأشْبَهَ الخمرَ ؛ ولأنه غَيْرُ محرزٍ ؛ لأن كل أحد مأمورٌ بإفساد آلات الملاهي ، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها ؛ ولأنه لا يجوز إمساكها ، فهي كالمغصوب يُسْرَق من حرز الغاصب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « احترزنا بالتام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « وجه » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فلا حَدَّ » .

وإلا فيجب [1] ، وأما الابن فلا قطع لأجل البَعْضية ، ويدل عليه أن الذميَّ لو سرق قُطِعَ ، ويتصور أن يُقَدَّر إسلامُه . وفيه وجه : [2] أنه يُقَدَّر كما يُقَدر الفَقْرُ في الغَنيّ [2] .

ولا خلاف في أن ما أُفرز للمرتزقة ، أو مُيِّز من الخمس لذي القربى واليتامى وقلنا : إنه مِلْكُهم [3] ، فإذا سرقه مَنْ ليس منهم ، يُقطع [4] .

فأما (**القوة**) فاحترزنا به [5] عن الملك الضعيف ، كالمستولدة والوقف ، وفيهما وجهان ، أصحهما الوجوب ؛ لتحققِ أصل الملك ولزومه .

وأما المساجد ، ففي حُصرها وقناديلها ، ثلاثةُ أوجه : يُفَرَّق في الثالث بين القناديل / ٢٥٤/أ والزينة [6] ، وبين الفرش التي يَنتفع به [7] كلُّ أحدٍ . وأما بابُ المسجد وأجذاعه وسائر أجزائه : فيجب فيه القطع ، ويتجه فيه أيضًا تَخْريجُ وجهٍ من القنديل . والظاهر : أن مَنْ وطىء جاريةً من

---

(١) قال في الروضة (١٠ / ١١٦) : « إذا سرق من مال بيت المال نظر : إن سرق مما أُفرز لطائفة مخصوصين ، وليس السارق منهم ، قُطع . قال الإمام : وكذا الفيء المُعَدّ للمرتزقة تفريعًا على أنه ملكهم . وإن سرق من غيره ، فَأَوْجُهٌ :

أحدها : – وهو مقتضى إطلاق العراقيين – : لا قطع ، سواء كان غنيا أو فقيرا ، وسواء سرق من الصدقات أو مال المصالح .

والثاني : يقطع .

وأصحهما التفصيل : فإن كان السارقُ صاحبَ حقٍّ في المسروق ، بأنْ سرق فقيرٌ من الصدقات ، أو مالِ المصالح ، فلا قطع . وإن لم يكن صاحبَ حقٍّ فيه – كالغني – فإن سرق من الصدقات قطع ، وإن سرق من المصالح فلا قطع على الأصح ؛ لأنه قد يُصْرف ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع بها الغني والفقير » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنه يقدر كما يقدر الغنيُّ معدومًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ما أفرز للمرتزقة ، أو مُيِّزَ من الخمس لذوي القربى واليتامى ، وقلنا : إنه ملكهم) قولُه : (وقلنا : إنه ملكهم) يرجع إلى قوله : (ما أفرز للمرتزقة) » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيقطع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « للزينة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بها » .

بيت المال حُدّ كالابن يطأ جارية أبيه [١] ، وفي جارية بيت المال وَجْهٌ : أنه لا يجب [٢] .

الشرط الخامس : كون المالِ نقيًّا عن شبهةِ استحقاقِ السارق .

فمستحقُّ الدين إذا سرق [٣] مال مَنْ عليه دَيْنٌ [٣] ومَنْ عليه الدينُ غَيْرُ مماطِلٍ : قُطع ، وإن كان مماطلًا وسرق جِنْسَ حقِّه ، فلا قطع . إذْ له أن يمتلك ذلك ، وإن كان غير جنس حقه ، فالمذهب : أنه لا قطع أيضًا [٤] ، وقيل : إنه يجب إن قلنا : إنه لا يتملكه .

أما استحقاق النفقة ، فهو سببٌ لإسقاط القطع ؛ فلا يقطع الابنُ بسرقة مال أبيه وجدِّه ، وسائر أبعاضه ؛ لأن ماله مُرصَدٌ لحاجته ، وهو محتاج إلى أن لا تقطع يده ، ولا يُنْظر إلى غنائه في الحال . أما نفقة الزوجية ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا تقطع [يد] [٥] كل واحد من الزوجين بمال الآخر ؛ لما بينهما من الاتحاد العُرْفي ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [٦] .

والثاني : أنه يقطع ؛ إذْ هو اتحادٌ لا يوجبه الشرع .

والثالث : أن الزوجةَ لا تُقْطع ؛ لأجل حقّ النفقة ، والزوجُ يُقْطع [٧] .

التفريع : إن قلنا : لا يقطع [٨] ، فلو سرق عَبْدُ أحدِهما من مال الآخر ، ففيه ....

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (كالابن يطأ جارية أبيه) يعني أنه يُحَدّ وإن لم يُقْطع بسرقة مالِ أبيه ؛ وذلك لأنه قد يستحق أَخْذَ شيء من ماله في النفقة عند فقره ولا يستحق أصلًا وطأً في ماله ؛ إذ لا يجب عليه إعفافُه وهكذا بيتُ المال » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٢) في (ب) : « أنه لا يُحَدّ » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « أيضًا » ليست فس (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧٠) . المبسوط (٩/١٨٨) . رءوس المسائل ص (٤٩٧) . اللباب (٣/٢٠٥) . زاد المستقنع ص (١٣٠) . الفروع لابن مفلح (٦/١٣٣) . دليل الطالب ص (٢٥٨) .

(٧) قال في الروضة (١٠ / ١٢٠) : « لو سرق أحد الزوجين مال الآخر – إن لم يكن محرزا عنه – فلا قطع . وإلا فثلاثة أقوال : أظهرها : يقطع » . وانظر : نهاية المحتاج (٧ / ٤٤٥) . حلية العلماء (٨ / ٦٤) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : لا قَطْع » .

وجهان [١] ، ووجْهُ إيجابِه : أنه يلزم عليه أن لا يقطع وَلَدُ أحدِهما بسرقة مالِ الآخر ، وكيف يمكن ذلك وولدُ الأبِ يُقْطع ، وهو الأخ ؟ .

هذه وجوه للشبهة [٢] المعتبرة . ويؤثر أيضًا ظَنُّ السارق أنه مِلْكُه ، أو مِلْكُ أبيه ، وأنّ الحرز مِلكُه .

فأما كونُ الشيء مُبَاحَ الأصْلِ ، كالكلأ والصيد والحطب [٣] ، أو رطبًا كالفواكه والمرق ، أو مضمومًا إلى ما لا قَطْعَ فيه [٤] ، أو كونه مسروقًا مرة أخرى وقد قُطع فيه ، أو متعرضًا لِتَسَارُعِ الفسادِ كالمرق والجَمْد [٥] والشمع المشتعل ، فكلُّ ذلك يُقْطع فيه عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٦] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « إذا قلنا : لا يُقطع أحدُ الزوجين بسرقة مال الآخر ، فلو سرق عبدُ أحدِهما من مال الآخر ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقطع ؛ لأنا جعلنا – على هذا القول – مالَ أحدِهما كمالِ الآخر في القطع ، فيكون كأنه سرق مالَ سيده ، ولذلك نقول : لا يُقْطع عَبْدُ الإنسان بالسرقة من مال والده أو ولده كما لا يقطع هو .

والثاني : يُقطع العبد ؛ لأنه لو لزم من عدم جريان القطع بين السادة : كونُ أموالهم في حكم مال واحد – فيما يرجع إلى عدم وجوب القطع على عبيدهم – للزم مِثْلُ ذلك في حق أولادهم ، حتى لا يُقْطع ولدُ أحدِهم بسرقته من مال الآخر ؛ لكون مال الآخر كمالِ أبيه ، وكيف يُمْكن القولُ بذلك مع أنّ الأخ – وهو ولد الأب – يُقْطع بسرقة مال أخيه ابن أبيه ، ومالُ أخيه كمالِ والده ، من حيث إنّ والدَه لا يُقْطع به كمالِه ، وهو لا يقطع بمال والده ، فيلزم أن لا يقطع أيضًا بمال أخيه لو صحت هذه القاعدة ، وقد علمنا فسادَها وأن ذلك الاتحاد مقصورٌ على السيد ونحوه . هذا شرح كلامه الذي اختصره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب ، ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشبهة » .

(٣) في (ب) : « أو الحطب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو مضمومًا إلى ما لا قطع فيه) مثالُه : أن يسرق لحمًا وميتا معًا ، أو شاة وخنزيرًا معًا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٥) الجَمْد : ما جمد من الماء ، وهو ضد الذوب ، وهو مصدر سُمّي به . انظر مختار الصحاح ص (١٠٩) مادة (ج م د) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧١ ، ٢٧٢) . المبسوط (٩ / ١٣٩ ، ١٥٣ ، ١٦٥) . رءوس المسائل ص (٩٢) . إيثار الإنصاف ص (٢٢٨) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٠٢ ، ٢٠٩) . المنتقى (٧ / ١٥٩ ، ١٦٠) . مختصر المزني ص (٢٦٣) . حلية العلماء (٨ / ٦٧) . رحمة الأمة (٢٨٢) . روضة الطالبين (١٠ / ١٢١ ، ١٣٣) . المقنع ص (٣٠٤) . الفروع لابن مفلح (٦ / ١٣٤) . المبدع (٩ / ١٣٧) . المغني (٨ / ٢٤٦) .

وأما الماء : فإن قلنا : إنه مملوك وبلغ نصابًا ، وَجَبَ القطْعُ فيه أيضًا .

ولا خلاف أنه لا يُشْترط كونُ المسروق في يد المالك ، [1] بل لو سُرِق في يد الوكيل [1] والمودَع والمرتهن وغيرهم : وَجَبَ القطعُ .

الشرط السادس [2] : كونُهُ مُحَرَّزًا .

ونعني بالمحرز ما يكون سارقُه على خطر وغرر خوفًا من الاطلاع عليه ؛ فلا قَطْعَ على من يأخذ [3] مالًا من مضيعة . وعمدةُ الحرز اللّحَاظُ ، فلا قطع على من سرق مالًا من قلعة حصينة في برية ؛ لأنه لا خطر في أخذه بالنقب والحيل ، نَعَم إن لم يكن للموضع حصانةٌ ، فلابد من لحاظٍ دائم كالشارع والصحراء . وإن كان له حصانة كالدور والحانوت [4] فلابد من أصل اللحاظ ، ولا يُشْترط دوامه ، إذ حيلة التسلق والفتح والنقب ، يُنَبِّهُ الملاحظين ، والمُحَكّمُ فيه العرفُ .

هذه هي القاعدة ، وشرحه [5] بصور :

الأولى : أن الإصطبل حرزٌ للدواب دون الثياب مهما كان متصلًا بالدور ؛ لأن عُسْرَ نَقْلِ الدواب – مع أصل الحصانة واللحاظ – يوجب خطرًا في سرقتها . وأما الثياب فَيَتَيَسَّرُ نقْلُها وإخفاؤها . وكذلك عَرَصة الدار حرزٌ للفرش وثياب البذلة دون الدنانير ؛ لقضاء العرف ، فإن واضع الدنانير فيه مُضَيِّع ، والمحكَّمُ فيه العرفُ .

الثانية : ما أُحْرِزَ بمجرد اللحاظ – كالمتاع الموضوع في الصحراء ، أو الشارع أو المسجد – فلابُدَّ من دوام اللحاظ بحيث لايتفق إلا فتراتٌ لطيفة قد ينحذق السارق في معافصتها ، وقد يخطئ فيه . ويَسْقط ذلك بالنوم ، وبأنْ يوليَه ظَهْرَه . ويضعف أيضًا بأن يكون في محل لايلحقه الغوثُ فلايُبَالي السارقُ به ؛ لأنه ضائعٌ مع ماله .

وهل يسقط الحرز بزحمة الناس ، كما في المسجد المزحوم ، أو الشارع ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بل لو سرق من يد السارق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « السادس » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أخذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الحوانيت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وشرحها » .

أحدهما : أنه لا يسقط ؛ لأن اللحاظ يحيط بالمتاع .

والثاني : نعم ؛ لأن الحِسَّ يشتغل بتزاحم الناس فيذهل عن المتاع (١) . وهذا جارٍ في الخبّاز والتاجر إذا ازدحم الناسُ على حانوتهم (٢) للمعاملة . أما المسجد الخالي فالفعل فيه ملحوظٌ إلا أن يكون وراء ظهره ، فيكون مُضَيِّعًا .

الثالثة : ما يعتمد حصانة الموضع مع أدنى لحاظ - كالموضوع في الدار - فهو محرزٌ وإن نام صاحبُ الدار ؛ لأن حركة السارق تُنَبِّهُ المالكَ غالبًا إن كان الباب مغلقًا . وإن كان مفتوحًا بالليل فهو ضائع . وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران (٣) - لأن بابه مطروق - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه محرز كالمتاع على أطراف حوانيت البقالين والصباغين وغيرهم ، فإنه ملحوظ من جهة الجيران ومحرز به .

والثاني : لا ؛ لأن الأعين تقع على الأمتعة ولا تقع على قعر الدار / ويتساهل الجيران إذا علموا بأنّ (٤) المالك فيه ، ولذلك ذكروا وجهين فيما لو كان المالك مستيقظًا (٥) في الدار ولكن تَغَفَّله السارق ، فهذا إنما يكون إذا لم يكن لحاظٌ دائم ، يكون مثله في الصحراء محرزًا ، لكن [قد] (٦) يتردد المالك في جوانب (٧) الدار فلا يُديم اللحاظَ . فلو ادعى السارق (٨) أنه كان لا يديم اللحظ (٩) ، بل نام أو أعرض فيسقط الحدُّ بمجرد دعواه (١٠ كما في الملك ١٠) . ٢٥٤/ب

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ١٢٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « حانوته » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران ، ففيه وجهان) يعني وصاحبُ الدار نائمٌ فيها . وإنما أَجْرى الوجهين فيما لو كان صاحبها مُشتيقظًا فيها ، حيث يُقَصِّر في اللحاظ اعتمادًا على الدار ، ولا يأتي بمثل اللحاظ الذي يُعَدّ إحرازًا في الصحراء كما ذكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ /أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنّ » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متيقظًا » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « جانب » .

(٨) كلمة « السارق » ليست في (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « اللحاظ » .

(١٠) في (أ)،(ب) : « كما في المال سواءٌ » . ويعني أن الحدَّ يسقط عن السارق إذا ادّعى أن المالك أعرض عن لحاظ متاعه ، كما يسقط الحدُّ إذا ادعى السارقُ أن المسروقَ مِلْكُه .

الرابعة : أن الخيام ليست حرزًا ؛ لأنه يمكن سرقتها في نفسها ، ولكن إحكام الربط وتنضيد الأمتعة قد يغني عن دوام اللحاظ ، وكذلك الدواب في الصحراء ملحوظة بأعين الرعاة إذا كانوا على نَشْزٍ [١] . فأما من يسوق قطارًا من الإبل قال الأصحاب : هو محرز بالقائد . وأقصى عدد القطار تسعة [٢] ، وهو صحيح [٣] إذا كان يسوق [٤] في الأسواق ؛ فإن الأعين تلاحظه ، وفي [٥] سكة خالية وهو يلحظه وراءه . فإن انحرفت السكةُ ، فما غاب عن بصره [٦] فغيرُ محرزٍ [٦] . أما إذا كان المكان خاليًا وهو لا يلتفت ، فالصحيح ما قاله أبو حنيفة (رحمه الله) ، وهو أنه محرز بالسائق ، والمحرزُ بالقائد هو الأولُ ، وبالراكب مركوبه وما أمامه ، وواحدٌ من وراءه .

الخامسة : لا قطع على النباش إنْ سرق الكفنَ من قبر في مضيعة . وقيل : إنه يجب ؛ لأنه مُحَرّز بِهَيْبَة النفوس عن الموتى ، وهو ضعيف . ويجب القطع إذا سرق من قبر في بيت محروس . وكونه كفنًا لا يَدْرَأُ القطعَ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٧] .

أما المدفون في مقابر المسلمين على أطراف البلد [٨] ، ففيه وجهان :

---

(١) النَّشْزُ : المكان المرتفع . انظر مختار الصحاح ص (٦٦٠) . مادة (ن ش ز) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقصى عدد القطار سبعة) في بعض النسخ (تسعة) بالتاء المثناة في أوله . والصحيح : سبعة - بالباء الوحدة - وعليه العرف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ /أ) . قلت : هو في النسخ الثلاثة « تسعة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو الصحيح » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يقود » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أو في » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فهو غير محرز » .

(٧) **مذهب الشافعية :** أن سارق الكفن يقطع إذا توافرت الشروط الأخرى . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وقول أبي يوسف وزفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٤٦) . التنبيه ص (١٥٠) . منهاج الطالبين ص (١٣٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٥٤) . الكافي ص (٥٨٠) . المنتقى (٧ / ١٨١) . تنوير الحوالك (٢ / ١٧٦) . حاشية الدسوقي (٤ / ٣٣٩) . المقنع ص (٣٠٣) . المبدع (٩ / ١٢٩) . الفروع لابن مفلح (٦ / ١٣١) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن سارق الكفن لا يقطع ، وخالفه أبو يوسف وزفر . انظر : المبسوط (٩ / ١٥٩) . رءوس المسائل ص (٤٩٣) . إيثار الإنصاف ص (٢٢٤) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٠٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « البلاد » .

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه محرز بلحاظِ الطارقين مع حصانة القبر وهيبةِ النفوس عن الميت ، فمجموعُ هذا يُخْرِجُه عن كونه ضائعًا .

والثاني : أنه لا قطع ؛ لأنه بعيدٌ عن الأعين ، ولامُبالاةَ بهيبة النفوس .

فإن قلنا : يجب ، ففي الثوب الموضوعِ مع الكفن أو الملفوفِ على الميت زائدًا على العدد الشرعي وجهان ، ووجه الفرق أن العرف لا يجعل هذا حرزًا لغير الكفن كما لا يُجْعَل الإصطبلُ حِرْزًا لغير الدواب .

ثم الصحيحُ : أنَّ حقَّ الخصومة للوارث ؛ لأن الملك في الكفن للوارث على الأصح . ولو كفَّنه أجنبيٌّ فالخصومةُ للمُكفِّن وكأنَّه إعارةٌ لا رجوع فيها ، وإلا فلا يزال [1] ملكه إلى الميت .

السادسة : إذا كان الحرز ملكًا للسارق ، فله ثلاثةُ أحوال :

(**إحداها**) : أن يكون مُسْتَأْجَرًا منه ، فعليه القطعُ ؛ إذْ ليس له الدخول ، والإحرازُ من منافع الدار [2] وقد زال ملكُه بالإجارة [2] .

(**الثانية**) : أن يكون مستعارًا منه ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا قطع ؛ إذْ له الدخولُ إلى مِلْكِ نفسِه .

والثاني : يجب القطع ؛ إذ الدخولُ على هذا الوجه غَيْرُ جائز ، وإنما يجوز بعد الرجوع ولم يرجع [3] .

والثالث : أنه إنْ قصد الرجوعَ بدخوله فلا قَطْعَ ، وإلا قُطع ، وهو كالمسلم إذا وطىء حربيةً في دار الحرب ، فإنْ قصد القهر والاستيلاد ، فولدُه نسبٌ ، وإن لم يقصد فهو زانٍ ولا نسب لولده منه [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يزول » .   (٢) في (أ) ، (ب) : « وزال ملكه بالإجارة » .

(٣) والأصح المنصوص أنه يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٢) . والمنهاج ص (١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منها » .

(الثالثة) : أن يكون مغصوبًا منه ، فلا قطع عليه وإنْ أخذ مالَ الغاصب ؛ لأنه لا حِرْزَ في حقه .

أما إذا لم يكن الحرزُ ملكَه ، ولكن فيه مالٌ مغصوب منه ، فدخل وأخذ غير مال نفسِهِ ، ففي القطع وجهان :

أحدهما : [أنه] [1] يجب ؛ إذْ أَخَذَ مالَ غيره من ملك غيره .

والثاني : لا ؛ لأن له التهجم على الموضع لأجل مالِ نفسه ؛ فسقط الحرزُ في حقه [2] .

أما إذا دخل غيرُ المغصوب [3] منه : فإنْ أخذ مال الغاصب قُطِعَ . وإن أخذ [المال] [4] المغصوب ، ففيه وجهان مبنيان على أن غير المغصوب منه ، هل له انتزاعُ المال من يد الغاصب بطريق الحسبة [5] ؟

فرع : الدار المغصوبة ، هل هي حرزٌ [6] عن المغصوب منه [6] ؟ ، قال القفال (رحمه الله) : ليس بحرز ؛ لأن منفعة الدار غير مملوكة ، والإحرازُ من المنافع ، وفي كلام غيره إشارةٌ إلى أنه [7] حرز .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه لا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٣) والغاية (٢ / ٩٣١) والمنهاج ص (١٣٣) .

(٣) في الأصل : «غير مغصوب » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) والأصح أنه لا يقطع الأجنبي بأخذه المال المغصوب أو المسروق . انظر : الروضة (١٠ / ١٣٣) . والمنهاج ص (١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « عن غير الغاصب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

الركن الثاني

نفس السرقة

وهي عبارة عن إبطال الحرز ، ونقل المال . والنظر فيه يتعلق بثلاثة أطراف :

الطرف الأول : في إبطال الحرز . وذلك إما بالنقب أو بفتح الباب [1] . وفيه صور :

الأولى : أنه لو نقب ، وعاد ليلةً أخرى للإخراج ، فالظاهرُ وجوبُ القطع كالمتصل ، إلا أن يكون المالكُ قد اطَّلَع وأَهْمل ، فإنه لا قطع ؛ إذ أَخَذَه من مضيعة .

وإن أخرج المالَ غيرُ الناقب - إما على الاتصال أو بعده - فلا قطع ؛ إذ الأول لم يُخْرج ، والثاني أخذ [2] من مضيعة . وذكر العراقيون وجهًا في قطع المخْرِج إذا جرى ذلك عن تعاون [3] ؛ كيلا يَصير ذلك ذريعةً إلى الإسقاط .

الثانية : / : إذا تَعاوَنَ رجلان في النَّقْب والإخراج جميعًا ، وأخرجا ما يخص كلَّ واحدٍ ٢٥٥/أ نصابًا : قُطِعَا [4] ، ولا يشترط امتزاجُ الفعلين في النقب كما في قطع اليد لإيجاب القصاص . أما الإخراجُ فلابد وأنْ يأخذ كلُّ واحدٍ [منهما] قدر [5] نصاب أو يحملا قَدْرَ نصفِ دينارٍ معًا . فلو أخذ أحدُهما سُدُسًا ، والآخر ثلثًا ، قُطِع صاحبُ الثلث دون صاحبِ السدس .

الثالثة : لو اشتركا في النقب ، وانفرد أحدهما بإخراجِ نصابٍ ؛ فعلى المخرِجِ القطْعُ ؛ لأنَّ مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاج الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدُهما لبنةً ، والآخرُ لبنة [هكذا] [6] تمت الشركة . وفيه وجه : أنه لابد من الامتزاج [7] والتحامل

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إبطال الحرز ، إما بالنقب أو بفتح الباب) هذا ليس بجامع حاصر . ومما يخرج عنه ما يكون حرزه مجرد اللحاظ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أخذه » . (٣) في (أ) ، (ب) : « عن تعاطي » .

(٤) في الأصل : « قُطع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيه وجه أنه لابد من الامتزاج .... إلى آخره) معناه : أنه يُشترط في =

على آلة واحدة حتى يصير (١) كالمنفرد ، كالشركة في قطع اليد وفي إخراج المال (٢) .

= اشتراكهما أن يتحاملا معًا في النقب على آلة حتى يصير كل واحد منهما كالمنفرد بالنقب ؛ لتأثيرِ فعلِ كلِّ واحدٍ منهما حينئذ في كل جزءٍ كما في الشركة في قطع اليد في باب القصاص وكما في الشركة هاهنا في إخراج المال من الحرز ، فإنها تكون تارة تَحَمُّلاها معًا . والفرقُ على المذهب أن النقب ليس عَيْنَ السرقة وإنما هو وسيلة إليها ، وهي الإخراج ، وكما يعدان مشتركين في السرقة وإن لم توجد حقيقة الاشتراك في النقب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يصيرا » . يعني : كل واحد منهما .

(٢) قال الحموي : « قوله : (الثالثة : لو اشتركا في النقب وانفرد أحدهما بإخراج نصاب ، فعلى المخرج القطع ؛ لأن مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاجُ الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدُهما لَبِنَةً تَمَّتْ المشاركةُ ، وفيه وجه : أنه لابد من الامتزاج والتحامل على آلة واحدة حتى يصير كالمنفرد بالشركة كما في قطع اليد وفي إخراج المال) .

فإن قيل : الصورة الثالثة هي الصورة الثانية بعينها ، وهي : إذا تعاون رجلان في النقب والإخرج جميعًا ، فأخرج كلُّ واحد منهما نصابًا قُطِعَا ، ولا يشترط امتزاج الفعلين في النقب كما في قطع اليد بإيجاب القصاص . أما في الإخراج فلابد أن يأخذ كلُّ واحد قَدْرَ نصاب أو يَحْمِلَا قدر نصف دينار معًا ، فلو أخذ أحدهما سدسًا والآخر ثلثًا قُطِعَ صاحبُ الثلث دون صاحب السدس .

قلت : ولم يرد في الصورة الثالث إلا ذكرُ الخلاف في شرط امتزاج الفعل ، وكان يكفيه ذكرُه في الثانية ، فإن قيل : كيف قال : (وانفرد أحدهما بإخراج نصاب فعلى المخرج القطع) ومعلوم أنه لا حاجة إلى ذكره ؛ فإنه ذكر ما هو أبلغُ منه فقال : (لو أخذ أحدهما ثلثَ دينار والآخرُ سدسَ دينارٍ قُطِعَ صاحبُ الثلث دون صاحب السدس) فإن القطع إذا لم يجب على من لم يأخذ دون النصاب فإذًا لا يجب على من لم يأخذ شيئًا أولى ؟.

قلت : وطريق الجواب عن الأول أن يقال : وإن كان الأمر كذلك إلا أن فيه زيادةَ فائدةٍ ، فإنه في الصورة الأولى انفرد كلُّ واحدٍ بأخذ نصاب ، وفي الصورة الأخرى أخذ أحدُهما نصابًا ولم يأخذ الآخرُ شيئًا فقُطِعَ الآخذُ ، ولو اقتصر على الثانية لاعتقد معتقدٌ أنهما لا يُقْطَعان إلا في موضعٍ اشتركا فيه بالنقب والإخراج ، وليس كذلك . ثم ذكر أيضًا في الثانية زيادةً ، فإنه قال : (أو يحملا قدر نصف دينار معًا ، ولو أخذ أحدُهما ثلثَ دينار والآخرُ سدس دينار قُطِعَ آخذُ الثلث وحده) وهذا لا يفهم من الثالثة ، وكل موضع كان فيه تكرارٌ وقع ذلك ضمنًا وتبعًا ، وكل موضع لم يتكرر فيهما فالتقسيمُ إنما كان لأجله .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، فإن أحدهما لا يسد مسدَّ الآخر ، فإن أحدهما إذا انفرد =

الرابعة : لو اشتركا في النقب ، ودَخَلَ أحدُهما وأَخرج المال [1] إلى باب الحرز – وهو بَعْدُ في الحرز – فأدْخَل الآخر يَدَه وأخرج ، فالقطعُ عليه ؛ لأنه المُخْرِجُ من الحرز . ولو أخرج الداخِلُ يَده إلى خارج الحرز ، وأخذه [2] الواقفُ ، فالقَطْعُ على الداخل . ولو وضعه على وسط النقب فأخذه الخارج ، فقولان مشهوران :

أحدهما : لا قطع على واحد منهما ؛ إذ لم يتمَّ الإخراجُ من أحدهما [3] .

والثاني : أنه يجب عليهما ؛ إذْ تَمَّ الإخراجُ بتعاونهما .

الطرف الثاني : في وجوه نقل المال . وفيه صور :

إحداها : أنه لو أرسل محجنًا ، فتعلَّق به في الحرز ثوبٌ أو آنيةٌ [4] وأخرجه : قُطع . ولو رَمَاه إلى خارج الحرز قُطِع ، أَخَذَه ، أو تركَه ، وقيل : إذا لم يأخذ [5] ، فلا قطع ؛ لأنه تفويتٌ وليس بسرقة . ولو أكل الطعامَ في الحرز وخرج ، فلا قطع ، ولو ابتلع دُرّةً وخرج . فثلاثة أوجه :

أحدها : [6] أنه لا يقطع كالطعام [6] ؛ فإنه استهلاكٌ .

= بإخراج نصاب لم يُقْطَع الآخذُ قولًا واحدًا وفاقًا بيننا وبين أبي حنيفة ، فإن في صورة أَخْذِ أحدهما ثلثَ دينار والآخر سدسَ دينارٍ ، فإن الآخذَ عندنا يُقْطَع دون الآخر ؛ لكونه لم يتكمل في حقه ، وعند أبي حنيفة يقطع الاثنان ، إن أخذ أحدُهما نصابًا ولم يأخذ الآخرُ شيئًا قُطِعَا ، لأنه جعل غير الآخذ كالرِّدْءِ له كما في قُطَّاع الطريق ، وهو كذلك في مسألتنا وأولى ؛ لأنه إذا قُطِعَ ولم يأخذ شيئًا فلأن يُعْتقد أنه يُقْطَع وإن أخذ سدسًا من طريق أولى ، فإن قيل : فنصاب السرقة عند أبي حنيفة عشرةُ دراهم ، ونصابه عندنا ثلاثةُ دراهم ، فكيف يحترز بذلك في مذهب أبي حنيفة والنصاب مختلف ؟.

قلت : تظهر فائدة هذا في مسألة أخرى في صورة « أَخَذَ إنسانٌ بطريق الاشتراك عشرين درهمًا ولم يأخذ الآخر شيئًا » فإن القطع يختص بالآخذ وحده عندنا ، وعند أبي حنيفة يقطعان ؛ لأنه في حق كلِّ واحدٍ منهما نصابٌ ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ /أ – ١٧٧ /أ) .

(١) في (ب) : «المتاع » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فأخذه » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في المنهاج ص (١٣٤) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو آنية) كان ينبغي أن يقول : (أو إناء) ؛ فإن الآنية جمعٌ ، والمفرد هو اللائق هاهنا ، وكأنه أراد بذلك المفردَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لم يأخذه » . (٦) في (أ) ، (ب) : « لا ، كالطعام » .

والثاني : [أنه] (١) يقطع ؛ لأنه لا تُهْلك بالابتلاع .

والثالث : أنه إن أخذها بعد الانفصال يقطع (٢) وإلا فلا (٣) .

الثانية : لو نقب أسفل كُنْدُوج ، فانْصَبَّ إلى خارج الحرز قُطِعَ كما لو (٤) وضعَ المتاعَ على الماء حتى جرى به إلى خارج الحرز . وقيل : بينهما فرقٌ ؛ لأنه لم يوجد في الكندوج إلا النَّقْب ، والانتقالُ لم يَقَعْ به ، وأما الإلقاء على الماء ، فهو سببٌ في النقل .

الثالثة : لو كان في الحرز متاعٌ ودابةٌ ، فوضع المتاع على ظهر الدابة فخرجتْ ، فالأَظْهَرُ أنه (٥) لا قطع ؛ لأن الدابة ذاتُ اختيارٍ بخلاف الماء ، والقطع لا يجب بالسبب مع مباشرة حيوانٍ . ومنهم من قال : إنْ تراخى سَيْرُ الدابة عن الوضع فلا قطع ، وإن اتصل (٦) فيه وجهان (٧) . وقيل : إن اتَّصَلَ قُطِع ، وإن تراخى ففيه وجهان .

وكأن هذا خلافٌ في أنّ السببَ ، هل يُكْتَفى به لإيجاب القطع ؟ وإن كان يكفي لإيجاب الغرم . وكذا لو أخذ شاةً ليست بنصابٍ ، فاتبعها الشاءُ ، أو الفصيلُ (٨) ، فيُخَرَّج على الخلاف ؛ لأجل اختيار الدابة . وقطع الشيخ أبو علي هاهنا (٩) بالوجوب .

---

(١) زيادة في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله – في الدرة – : (والثالث : إن أخذها بعد الانفصال ، قطع ، وإلا فلا) الصحيح في حكاية هذا الوجه اعتبار انفصالها منه من غير اشتراط أخذه لها . كذلك حكاه شيخه وغيرُه » . مشكل الوسيط (ق ١٠٨ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنْ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فوجهان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : «فتبعها شاة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن أخذ شاةً ليست بنصابٍ ، فتبعها الشاءُ أو الفصيل) هذا مفروضٌ فيما إذا كان ذلك يهيج ما تَبِعَها على ذلك لكونها أُمًّا لها ، أو لكونها هاديةَ القطيع . والشاء : بالمدِّ ، جمعُ شاةٍ . وقوله : (أو الفصيل) هو بالألف واللام ، وفيه إضمار ، والتقدير : أو الفصيل تبع الناقة أُمَّه ، أو ما أشْبَهَ ذلك من التقدير ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(٩) قوله : « هاهنا » ليست في (أ) ، (ب) .

الرابعة : العبد الصغير ، إذا أخذه وحَمَله من دار السيد أو حريم داره : قطع ، فإن بَعُد عن سكة السيد [١] وحريمِ داره ، فهو ضائعٌ . فإن دَعَاه وخَدَعَه وهو مميّزٌ ، فلا قطع ؛ لأنه المستقلُّ . وإن كان لا يعقل فهو كالبهيمة وسَوْقِها [٢] واستتباع الشاة بها [٣] . وقد سبق . [٤] وإن أكرهه وهو مميّز [٤] ، فوجهان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه خرج باختياره .

والثاني : يجب ، كما لو ضرب الدابة حتى خرج ، فإنه يُقْطع وجهًا واحدًا . لكن الآدمي - وإن كان مكرهًا - فاعتبارُ فِعْلِه أَوْلى ، فلذلك ينقدح الفرْقُ على وجه . أما إذا حمل عبدًا قويًّا يَقْدر على الامتناع ولم يمتنع ، فلا قطع ، لأن حرزَه قوتُه ، وهي معه . ولو حَمَله وهو نائمٌ أو سكرانُ ، فهو ضامنٌ لو مات في يده ، ولكن في كونه سارقًا نظرٌ ؛ لأنه مُحَرَّزٌ بقوته ، لا بالدار .

الخامسة : لو حمل حرًّا وأخرجه من داره وعليه ثيابُه : فإن كان قويًّا لم يدخل الثوبُ تحت يد الحامل ، وإن كان صغيرًا ففي ثبوت اليد عليه وجهان ، فإن أثبتنا اليدَ للضمان ، ففي جَعْلِه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن بَعُدَ عن سكة السيد) غيرُ مَرْضِيٍّ ؛ فإن السكة - وهي الزقاق - غير معتبرة في ذلك ، بل بعد داره من السكة » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فهو كالبهيمة وسَوْقها) يعني سوقها بدعائها ، ففيه خلاف لا بالضرب ، فإنه يوجب القطع قطعًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لهما » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (واستتباع الشاء لها) يعني بكونها أما أو هاديًا ، كما شرحناه . وفي بعض النسخ (لها) باللام ، وفي بعضها (بها) وهذا الضمير عائد إلى البهيمة ، أي بهيمة الأنعام ، وليس اسم البهيمة مختصا بالحمار . ثم إذا قرأته (باللام) كانت البهيمة عبارة عن الشاة التابعة وإذا قرأته (بالباء) كانت البهيمة عبارة عن الشاة المتبوعة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

قلت : وقول ابن الصلاح : إذا قرأته (باللام) يعني إذا قرأتها (واستتباع الشاة لها) . وقوله : إذا قرأته بالباء يعني إذا قرأتها (واستتباع الشاة بها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أكره بالسيف وهو مميز » .

سارقًا وجهان . أما إذا نام على بعير ، وعليه أمتعته [١] ، فجاءَ السارقُ وأخذ زمامَه وأخرجَه من القافلة ، ففيه أربعةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه سارق للبعير والأمتعة ؛ إذ أخرجه من الحرز .

والثاني : لا ؛ لأن الكلَّ تحت يدِ النائم ، وهو محرزٌ بقوته [٢] .

والثالث : أنه إن كان الراكبُ قويًّا فليس بسارقٍ . وإن كان ضعيفًا ، فهو سارق .

والرابع : أنه إن كان حرًّا فليس بسارق ، وإن كان عبدًا فهو أيضًا مسروقٌ مع الأمتعة ، وهذا يُسْتَمَدُّ من الأصول السابقة [٣] .

الطرف الثالث : في المحل المنقول إليه .

فنقول : لو نقل المتاع / من زاوية البيت إلى زاوية أخرى وهرب ، فلا قطع . ولو أخرج ٢٠٥/ب وألقاه في مضيعة : قطع . [٤] وإن أخرجه [٤] إلى صحن الدار في البيت : فإن لم يكن البيتُ مقفلًا فلا قطع ؛ إذْ جميعُ الدار حرزٌ واحد ، وإن كان مقفلًا وبابُ الدارِ مفتوحٌ : قُطع . وإن كان مغلقًا أو مفتوحًا بفتح السارق [٥] قطع أيضًا [٥] ، فإنَّ إبطالَه الحرزَ لا يُؤَثر في حقه ، فالدارُ والبيتُ جميعًا حرزان . أما إذا كان الدار [٦] أيضًا مغلقًا [٦] ، والمالُ محرزٌ [٧] بالبيت والدار [٧] جميعًا ، ففي نَقْلِه إلى العرصة ثلاثةُ أوجه :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وعليه أمتعةٌ » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الوجه الثاني : (وهو محرز بقوته) يقال : كيف قال هذا ، وعلى هذا الوجهِ لا فرقَ بين الضعيف والقويّ بخلاف الوجه الثالث ؟! وجوابه : أن له على الجملة قوةً يحرز ما في يده عن أكثر الناس ؛ فيُعَدُّ مُحَرِّزًا على الإطلاق . وأما القوةُ – المذكورة في الوجه الثالث – والضعفُ ، فالمرادُ بهما القوة والضعف بالنسبة إلى هذا السارق المعين خاصةً ، فَافْهَمْ ذلك ؛ فإنه مُشْكِل والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في المنهاج ص (١٣٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو أخرج » .

(٥) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « مغلقًا أيضًا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالدار والبيت » .

أحدها : أنه [١] يجب ؛ لأنه أخرج من بيت مستقل بالإحراز .

والثاني : لا ؛ لأنَّ إغلاقَ بابِ الدار لإكمالِ الحرز ولم يُخْرِجْه من كمال الحرز .

الثالث : أنه يجب فيما لا تُجْعَل العرصةُ حرزًا له كالدنانير والجواهر ، دون الفرش والأواني .

أما الخانات فالإخراج من حرزها [٢] إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار [٣] .

أما السكة المنسدة الأسفل : فإن كانت مملوكة كعرصة الخان ، فالنقلُ إليها من الدور سرقةٌ ، إذْ صَحْنُ الخانِ تَلْحظه الأعينُ ، وتُوضَع فيه الأمتعةُ ، بخلاف السكة .

أما سكان السكة ، فالحجرةُ المقفلة حرزٌ في حقهم ، والعرصةُ ليست بحرز في حقهم ، وهي حرزٌ في حق غير السكان ؛ لأنها ملحوظة بالأعين نهارًا ، وبابُها مغلقٌ ليلًا ، وكذلك الضيفُ إذا سرق شيئًا ، أو بعضُ الجيران إذا سرق من حانوت جاره حيث يحرز باللحاظ ، فلا قطع ؛ لأنه غير محرز فيه [٤] .

* * *

---

(١) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من حجرها » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما الخاناتُ ، فالإخراج من حجرها إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار) هذا ليس على إطلاقه وإنما فيما إذا كان السارقُ من خارج ليس من سكان الخان ، وقد ذكرنا فيما بعد ما يُشْعِر بهذا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منه » .

الركن الثالث

السارق

ولا يُشْترط فيه التكليفُ والالتزامُ . ويستوي في وجوب القطعِ : الحرُّ والعبدُ والذَّكَروالأُنْثى . ولا قطع على الصبي والمجنون [١] . ويجب على الذّمّيِّ لإلزامه أحكامنا . نعم ، هذا إذا سرق مالَ مسلم . فإن سرق مالَ ذميٍّ ، فهو موقوفٌ على ترافُعِهم إلينا ، فإن زنى بذميةٍ فلا يُحَدُّ ما لم يرضوا [٢] بحكمنا . وإن زنى بمسلمةٍ أَقَمْنا الحدَّ قهرًا ؛ كما سرق مالَ مسلم ، وقيل : لا بُدّ من رضاهم ؛ لأن حدَّ الزنا حق الله ولا خَصْمَ فيه بخلاف السرقة . وهذا ركيكٌ ؛ إذْ يجرُّ ذلك فضيحةً عظيمةً ، فإنه لا يرضى بحكمنا . وغايَتُنا نقضُ عهدِه . ويجب تجديدُه إذا التزمَ وتابَ .

أما المعاهدُ إذا سرق ، ففي قطعه نصوصٌ مضطربةٌ [٣] ، وحاصِلُها ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : أنه كالذميِّ ؛ لأجل العهد .

والثاني : أنه لا حدَّ أصلًا ؛ لأنه حَرْبِيٌّ دخَلَ لسفارةٍ [٤] .

والثالث : أنه يُقْطع (٥ إذا شُرِطَ ذلك عليه ٥) في ابتداء الأمان ، وإلا فلا .

وسرقةُ المسلمِ مالَه يُخَرَّج على سرقته مالَ المسلم ؛ إذ يَبْعُدُ أنْ يُقْطع المسلمُ بسرقةِ مالِه ولا يُقْطع بسرقة مال المسلم [٦] . ولو زنى [٧] بمسلمةٍ فطريقان : منهم من قال : كالسرقة . ومنهم

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا قَطْع على صبي ولا مجنون » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ما لم يَرْضَ » .

(٣) يعني ورد فيه عن الشافعي (رحمه الله) نصوصٌ مختلفة .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، وهو نص الشافعي في أكثر كتبه ، كذا في الروضة (١٠ / ١٤٢) . وفي الغاية (٢ / ٩٣١) أن أحسن الأقوال هو أنه يقطع إذا شرط عليه ذلك في ابتداء الأمان .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إنْ شُرط عليه ذلك » .

(٦) وفي الروضة (١٠ / ١٤٢) : « ويقطع المسلمُ والذمي بسرقة مال المسلم والذمي » .

(٧) يعني المعاهد .

من قطع بأنه لا يقام [الحد] (١) ؛ لأنه حقُّ اللهِ تعالى لا يتعلق بطلب العبد . ولا خلاف في أنه يُطَالَب بضمان الأموال ، وإنما النَّظَرُ في الحدود .

النظر الثاني من الكتاب : في إثبات السرقة . ومعرفتُها بيمينٍ مردودة ، أو إقرارٍ ، أو بيِّنةٍ .

أما اليمينُ : فإذا أنكر السرقةَ وحلف ، انقطعت الخصومةُ . وإن نكل ، وحَلَفَ المدَّعي : ثبت الغُرْمُ وثبت القطْعُ أيضًا كما يَثبت القصَاصُ باليمين المردودة .

ولو ادّعى استكراهَ جاريتِه على الزنا ، ثبت المهرُ باليمين المردودة ، ويبعُد إثباتُ الرجْمِ به ؛ لأن اليمين المردودةَ – وإن جُعلت بينةً – فلا تتعدى حقَّ الحالفِ ، والرجْمُ حقُّ الله تعالى . ومن هذا ينقدح احتمالٌ أيضًا في قطع السرقة (٢) .

وأما الإقرار (٣) : فإن كان بعد الدعوى (٤ ثبت به القطعُ ٤) بشرط الإصرار ، فإن رجع لم يَسْقطِ الغرمُ . وفي سقوط الحد (٥) قولان :

أحدهما : أنه يسقط كحدِّ الزنا (٦) .

والثاني : لا ؛ لارتباطه بحقِّ الآدمي وبقاء الغرم الذي هو ملازمٌ له . ومنهم من عكس وقال (٧) : القطعُ ساقطٌ ، وفي الغرم قولان ، ووجْهُ إسقاطِه تبعيةُ القطع (٨) . وهو فاسد .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) يعني أنه يثبت الغرم باليمين المردودة ولا يثبت القطع ، قياسًا على دعوى الاستكراه على الزنا أنه يثبت المهر ولا يثبت الرجم .

(٣) في الأصل : « أما الإقرار » ، والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « ثبت القطع به » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٦) والمذهب أنه يقبل رجوعه في الإقرار ؛ فيسقط القطع ، ولكن يثبت عليه الغرم . انظر الروضة (١٠ / ١٤٣) . والمنهاج ص (١٣٤) . والوجيز (٢ / ١٧٧) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٨) يعني وَجْهَ إسقاطِ الغرم أنه تابعٌ للقطع ، نفيًا وإثباتًا .

أما إذا أقرَّ باستكراهِ جاريةٍ على الزنا ثم رجع ، فالأصحُّ أنه يسقط الحدُّ ويجب المهر . وقيل : يحتمل أن يُجْعل كالسرقة ، ولكنْ مفارقةُ الحدِّ للمهر ، أقربُ من مفارقة القطعِ للغُرْمِ ، فلذلك يتردد فيه .

وإن رجع السارقُ بعد القطع فلا تَدَارُكَ . فإن رجع [١] في أثنائه كفَّ الجلادُ عن البقية إن قلنا : يُؤَثِّر رُجوعُه .

أما إذا أقرَّ قبل الدعوى ، فهل يُقْطع دون حضور المالك وطلبه ؟ فيه وجهان [٢] . وَوَجْهُ اعتبارِ طلبه أنه رُبما يقر له بالملك أو بالإباحة فإنه يسقط الحد وإن كذبه السارق .

والصحيحُ أنه لو أقر بالزنا بجارية الغير ، فإنه يُحَدُّ في الحال / ؛ إذْ لا مَدْخَلَ للطلب فيه . ٢٥٦/أ ومَسَاقُ هذا يُشْعر بأنَّ مالكَ الجارية لو قال : كنتُ مَلَّكْتُه الجاريةَ قبْلَ ذلك فأنكر : أنَّ الحدَّ يجب ولا يؤثر قولُ مالكِ الجارية ، فإنه لا يتعلَّق بخصومته ، فهو كما لو قالت الحرةُ : كنتُ زَوجَتَه وكذَّبها [٣] ، فإنه يُحَدُّ .

فإن قلنا : إنه لا يُقْطع في الحال [٤] ، ففي حَبْسِه إلى حضورِ المالكِ خلافٌ [٥] يَلْتفِتُ على

---

(١) قوله : « فإن رجع » مكررة في الأصل .

(٢) والأصح أنه يُنْتظر حضور المسروق منه وطلبُه ؛ لأنه ربما حضر وأقرَّ أنه كان أباحه المالَ ، فيسقط الحدُّ وإن كذَّبه السارقُ . والحدُّ يسقط بالشبهة ، فتأخيرُه أولى . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) . والمنهاج ص (١٣٤) . الغاية (٢ / ٩٣٢) .

(٣) يعني إذا زنى بامرأة حرة ، وقالت هي : أنا زوجته ، وكذبها الزاني ، فإنه يحدُّ ولا يؤثر قولُها : أنا زوجةٌ له .

(٤) أي السارق الذي أقرَّ بسرقة مالِ رجلٍ غائب .

(٥) وفي ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم يُحْبس ؛ كمن أقرَّ بقصاصٍ لغائب أو صبيّ .

والثاني : إن قصرت المسافة وتُوُقِّعَ قدومُه على قرب : حُبِسَ وإلا فلا .

الثالث : إن كانت العينُ تالفةً حُبِسَ للغرم ، وإن كانت باقية أُخذت منه ، ثم يفرَّق بين طول المسافة وقصرها . روضة الطالبين (١٠ / ١٤٤) .

أنه هل يَسْقط برجوعه ؟.

هذا كلُّه في الحر . أما [في] [١] العبد ، إذا أقرَّ بسرقةٍ لا توجب القطع [٢] ، فلا يُقْبل في المال ولا نُعَلِّقه برقبته دون تصديق السيد [٣] . فإن أقر بما يوجب القطع ، قُطِعَتْ يمينُه وإن كذَّبَه السيدُ ، خلافًا للمزني وأبي يوسف . (رحمهما اللّه) وإنما قُبِلَ لأنّه غَيْرُ مُتَّهَمٍ فيه [٤] .

ثم هل يتعلَّق غُرْمُ المالِ برقبته تابعًا لثبوت القطع ؟ فيه نصوص مضطربة ، وحاصِلُها أربعةُ أقوالٍ :

أحدها : [أنه] [٥] لا يقبل ؛ لأنه إقرارٌ على السيد لا على العبد [٦] .

والثاني : [أنه] [٧] يقبل ؛ لأن رقبته أيضًا مملوكة [٨] للسيد ، فإن قُبِلَ في قطع يده لِنَفْيِ التهمة فَلْيُقْبَلْ في الغرم [أيضًا] [٩] ورَدِّ المال [١٠] .

والثالث : [أنه] [١١] إنْ أقرَّ بعينٍ هي في يده قُبِلَ ؛ لأنَّ ظاهر اليد للعبد ، فإن أقر بالإتلاف فلا يُقْبل ؛ لأن رقبته في يد السيد ، وهذا يُوجب التعلّق ، فيكون كما لو قال : جميعُ ما في يد السيد أنا سرقتُه وسَلَّمتُه إليه [١٢] فإنا لا نقبل قطعًا [١٢] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « توجب القطع » وهو خطأ .

(٣) يعني أن المال الذي أقر العبد بسرقته ، لا يكون في ذمته إلا إذا صَدَّقه سيدُه .

(٤) كلمة (فيه) ليست في (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « مملوك » والمثبت فمن (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) قوله : « ورَدِّ المالِ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « فإنه لا يُقْبل ذلك قطعًا » .

والرابع : عكسه ، وهو أنه [١] يقبل إقرارُه بالإتلاف ، فإن [٢] السيد – على الأصحّ – يفدى بأقلِّ الأمرين : من قيمته ، أو قيمة العبد ، فقيمةُ العبد مَرَدُّ الإضرار بالسيد . أما الأعيانُ ، إنْ فُتِحَ بابُ الإقرارِ بها تضرَّرَ به السيدُ ؛ إذْ لا مردَّ له .

فإن قيل : هل للقاضي أن يَحُثَّ السارقَ على سَتْرِ السرقة أو الرجوع عن الإقرار ؟ قلنا : أما السَّتْر ، فيجوزُ مع رَدِّ المالِ ؛ لقوله ﷺ للسارقِ : « ما إِخَالُكَ سرقْتَ » [٣] ، وهذا كالتلقين للإنكار . وقولُه : « أسرقتَ ؟ ، قل : لا » لم تُصَحِّحْه الأئمة [٤] . وأما الرجوعُ عن الإقرار

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنْ » . (٢) في (أ) ، (ب) : « لأنّ » .

(٣) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٤ / ٥٤٢) (٣٢) كتاب « الحدود » (٨) باب في « التلقين في الحدّ » حديث (٤٣٨٠) بإسناده عن أبي المنذر مولى أبي ذر عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أُتي بِلِصٍّ قد اعْتَرَفَ اعترافًا فأعادَ عليه مرتين أو ثلاثًا ، فأَمَرَ به فَقُطِعَ وجِيءَ به ، فقال : « اسْتَغْفِرِ اللهَ وتُبْ إليه » فقال : أَستغفر الله وأَتوبُ إليه ، فقال : « اللهُمَّ تُبْ عليه » ثلاثًا .

ورواه النسائي (٨ / ٦٧) كتاب « قطع السارق » باب « تلقين السرق » . ورواه أيضًا ابن ماجه (٢ / ٨٦٦) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « تلقين السارق » جميعًا من طرق عن حماد بن سلمة عن إسحاق بن عبد الله عن أبي المنذر عن أبي أمية المخزومي به . قال الخطابي : إن في إسناد هذا الحديث مقالًا ، والحديث إذا رواه رجل مجهولٌ لم يكن حجة ولم يجب الحكمُ به . وقد رُوي تلقينُ السارق عن جماعة من الصحابة ، وأُتي عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) برجل ، فسأله « أسرقت ؟ » قُلْ : لا ، فقال : لا ، فتركه ولم يقطعه . وقد روي مثل ذلك عن أبي الدرداء وأبي هريرة (رضي الله عنهما) وكان أحمد وإسحاق لا يريان بأسًا بتلقين السارق إذا أُتي به . انظر معالم السنن مع سنن أبي داود (٤ / ٥٤٣) والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أسرقت ؟ قل : لا ، لم تصححه الأئمة) يعني ما رُوِيَ في تمام الحديث الأول من أنه ﷺ قال له – يعني للسارق – : « ما إِخَالك سرقتَ ! أسرقتَ ؟ قل : لا » فهذه الزيادة لم تصحَّ عند أئمة الحديث ، ولكن روى الحافظ البيهقي بإسناده موقوفًا على أبي الدرداء أنه أُتِيَ بجارية سَرَقَتْ ، فقال لها : سرقتِ كذا ؟ قولي : لا ، فقالت : لا ، فَخَلَّى عنها .

وأما قوله : (ما إخالك سرقت) فهو مرويٌّ من وجه معتمد أخرجه أبو داود وابن ماجه والنسائي – ثم ساق الحديث – ثم قال : فهذا الذي رواه المعتمدون فيه . وفيه الحثُّ على الرجوع لا على الإنكار ؛ فإنه اعترف مرةً عنده ﷺ ، ثم قال له ذلك مرة أخرى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / ب) .

(١فلا يحث عليه ١) القاضي ؛ لقوله ﷺ : « من ارتكبَ شيئًا مِنْ هَذِه القاذُورَاتِ ، فَلْيستَتِرْ بِسِتْرِ الله ، فإنّ مَنْ أَبْدَى لنا صَفْحَته نقيم عليه حَدَّ الله » (٢) . فدلَّ ذلك على الفرق ما بين (٣) قبل الظهور وما بعده .

الحجة الثالثة للسرقة : الشهادة . ولا يثبت القطعُ إلا بشهادة رجلين . فإن شهد رجلٌ وامرأتان ثبت الغُرْمُ دون القطع ، بخلاف ما لو شهدوا على القتلِ العمد ، فإنه لا يثبت القصاصُ ولا الدِّيَةُ ؛ لأن الدية كالبدل عن القصاص ، والغرمُ ليس بدلًا عن القطع ، بل يجب معه . وفيه وجه : أن الغرم أيضًا لا يثبت كالدية . وهو ضعيفٌ .

ثم البينة الكاملة لا تُوجِبُ القطعَ بالشهادة على السرقة مطلقًا ، بل لابد من التفصيل فيه ، فكم من سرقة لا توجب قطعًا (٤) ، ولذلك يشترط التفصيل في الإقرار أيضًا ، ويُشْترط في بيِّنةِ الزنا (٥) ، وهل يُشْترط في الإقرار بالزنا ؟ ، فيه خلاف (٦) ، وسَببُه أن حدَّ الزنا ظاهر ، ووجوده

---

(١) في (ب) : « فلا يجب على القاضي » .

(٢) روى الحاكم في مستدركه (٤ / ٣٨٣) كتاب « الحدود » . بإسناده عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قام بعد رجم الأسلمي فقال : « اجتنبوا هذه القاذورة التي نهى الله عنها ، فمنْ أَلَمَّ فَلْيَسْتَتِرْ بستر الله ، ولْيَتُبْ إلى الله ، فإن من يُبْدِ لنا صفحتَه نقم عليه كتاب الله تعالى » .

ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٣٠) كتاب « الأشربة والحدّ فيها » . والحديث رواه مالك في موطئه (٢ / ٨٥٢) عن زيد بن أسلم . ورواه الشافعي في الأم (٣ / ١٤٥) من طريق مالك عن زيد ، ثم قال : « هذا حديث منقطع ليس مما يثبت به هو نفسه حجة ، وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه ويقول به ، فنحن نقول به » . وقال ابن عبد البر : لا أعلمُ هذا الحديثَ أُسْنِدَ بوجهٍ من الوجوه ، قال الحافظ ابن حجر : ومرادُه بذلك من حديث مالك . ثم حكى عن ابن السكن تصحيحَ هذا الحديث من طريق الحاكم السابق ذكره . وصححه الذهبي علي شرط البخاري ومسلم . وأورده السيوطي في الجامع الصغير ورمز إلى صحته . انظر : التلخيص الحبير (٤ / ٩٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بين ما » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٥) يعني أن شهود الزنا يجب عليهم تفصيلُ ما رأَوْه عند الشهادة ، ولا يُكْتفى منهم بالشهادة المجملة . انظر الروضة (١٤٧/١٠) .

(٦) والأصح أنه يشترط أيضًا التفصيل في الإقرار بالزنا . انظر الروضة (١٠ / ١٤٧) .

عند الزاني مُحَقَّقٌ [١] ، وأما الشاهد فإنما يُعَوَّل فيه على المخايل ، وحدُّ السرقة غير ظاهر للسارق . ولا شك أنَّ النسبة إلى الزنا المطلق : قذفٌ ؛ لأنّ التَّعْيِيرَ حاصلٌ به .

فرعان

أحدهما : لو قامت شهادةٌ حسبة على أنه سرقَ مالَ فلانٍ الغائب . فالنصُّ أنه لا يُقْطع ما لم يَحْضر . ولو شهدوا على أنه زنى بجاريته ، قال : يُحَدُّ في الحال ، فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، وطردوا ذلك في الإقرار في المسألتين ، ومنهم من فرق ، وهو الأصحُّ ، [٢] لأنه أباحَه الملكَ ، فإقرارُه بالملك [٢] يدرأ حدَّ السرقة دون حد الزنا ، وله على الجملة تعلُّقٌ بطلبه .

فإن قلنا : لا يقطع ، فهل يُحْبس ؟ يُبنى [٣] على أن شهادة الحسبة مقبولة [٤] في حق الله تعالى ؟ والظاهر أنه مردود [٥] في حقوق [٦] الآدميين ، والسرقةُ كالمترددة بينهما ، فينقدح فيه خلافٌ . فإن لم تُقْبَل لم يُحْبَس . وإن قلنا : تُقبل [٧] فيحبس [٨] . ثم يكفي المالكَ - إذا رجع - أن يَدَّعي ويستوفى المال . فإن قلنا : لا تُسمع[٩] ، فيجب إعادةُ البيِّنة [١٠] لأجلِ المال ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُ المصنف في الفرق بين الإقرار بالزنا والإقرار بالسرقة : (حد الزنا ظاهر ، ووجوده عند الزاني مُحَقَّق ، وحدُّ السرقة غيرُ ظاهر للسارق) لا يستقيم إلا بأن يُحمل « الحدّ » على الحدّ الذي يقال فيه : حدُّ الشيء حقيقةً ، أو هو القول الجامع المانع ، أو غير ذلك . فكأنه قال : معنى الزنا ظاهرٌ ، ومعنى السرقة الموجبة - للحدّ - غَيْرُ ظاهر للسارق ؛ لكثرة شروطها والاختلافِ فيها ؛ فلابُدَّ فيها من التفسير والتفصيل . فاستعمالُ المصنف (رحمه الله) « الحدَّ » بهذا المعنى - في هذا المقام - تعقيدٌ ، ونسأل الله التوفيق » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠ / أ) .

(٢) في (ب) : « لأن إباحة الملك وإقراره بالملك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ينبنى » .

(٤) في الأصل : « مقبول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والظاهر أنها مردودة » وهو أوفق وأليق .

(٦) في (ب) : « حق » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تُسْمع » .

(٨) وفي الروضة (١٠ / ١٤٨) قال : « أشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس ؛ لما يتعلق به من حق الله تعالى » .

(٩) يعني إن قلنا : إن شهادة الحسبة لا تُسْمع .

(١٠) يعني الشهادة .

والظاهر أنه لا تُعاد لأجل القطع (١) .

الثاني : دعوى السارقِ الملكَ تدفع عنه القطعَ إذا لم تكن بينةٌ (٢) ، فإن قامت البينة نُظِر ، فإن لم يكن في دعواه تكذيب الشهادة (٣) اندفع أيضًا كما إذا شهدوا على أنه سرق مِنْ حرزه متاعًا ، أو شهدوا على أنه سرق ملكه . ولكن قال السارق : كان قد وهب مني في السر (٤) ، والشاهدُ اعتمد (٥ على الظاهر ٥) .

فأما إن قال : كان ملكي أصلًا (٦) وغصبتُه ، فهذا تكذيبٌ للبينة ، ففي سقوط القطع هاهنا ترددٌ ، ويحتمل أن يُبْنى على أن المدَّعى عليه - بعد قيام البينة عليه - لو قال : المدَّعِي (٧) يعلم - سرًّا - أنه ملكي ، وإنما الشاهدُ اعتمد ظاهرَ اليد ، فهل له تحليفُ المدعي ؟ ، فيه خلاف . فإن قلنا : له ذلك ، فهاهنا يرجع وجوبُ القطع إلى يمين المالك ، وهو بعيد ، فلا يبعد إسقاطه .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه على قولنا : لا تُسْمع شهادة الحسبة على السرقة : (أنها لا تعاد لأجل القطع) قلت : هذا يستقيم بأن لا نُطْلق القولَ بأنَّ شهادة الحسبة لا تُسْمع على السرقة ، بل نقول : لا تُسْمع بالنسبة إلى المال ، وتُسْمع بالنسبة إلى القطع ، ويكون هذا وجها آخر ثالثا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٠ / أ) .

(٢) يعني إذا لم يشهد عليه شاهدان بالسرقة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الشاهد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الستر » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اعتمد الظاهر » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (كان ملكي أصلًا) أي : لم ينتقل إليَّ منه ، بل كان من الأصل ملكي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٠ / ب) .

(٧) كلمة (المدعي) مبتدأ ، وليست فاعلًا للفعل (قال) .

النظر / الثالث من الكتاب

في بيان الواجب

وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق .

أما رد العين فواجب بالاتفاق مع القطع . فإن تلف ، وجب الغرم عندنا مع القطع [١] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : القطع والغرم لا يجتمعان [٢] .

---

(١) قال الحموي : « قوله فيه : (النظر الثاني : في بيان الواجب ، وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق . أما ردُّ العين فواجبٌ بالاتفاق مع القطع ، وأن تلفت وجب الغرمُ عندنا مع القطع) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه عدَّ التعليق من الواجبات ، وصرَّح بعده باستحبابه فقال : (وأما التعليق : وهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام ؛ تنكيلًا ، وقد ورد به خبرٌ ولم يصح ، ثم هو استحباب بالوجوب) . الثاني : أنه اختار وجوب الحسم ولا يعلم على من أوجبه ، ثم قال بعده : إنه إلى اختياره : (وأما الحسم فهو غمسُ محلِّ القطع في الزيت المغلي ، والصحيح : أن ذلك واجب ؛ نظرًا للسارق ؛ لئلا يسري ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنتُه) ولا شك بأنه مداواته ، وفي وجوب المداواة خلاف . وفي هذا الكلام ضَبْطٌ ظاهر كما لا يخفى .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ومراده بالاستحباب : أن تُعَلَّقَ يدُه في رقبته دون التعليق ؛ فإنه واجب وإن لم تعلق يده في رقبته ، وبه خرج الجواب .

وطريق الجواب عن الإشكال الثاني أن يقال : مراده بقوله : (الصحيح أن ذلك واجبٌ) على المقطوع ؛ نظرًا له ؛ لكونه ليس من الحد ، فيجب عليه الحسمُ وعليه المؤنةُ والمداواةُ ، فإن خالف ولم يفعل كان محرمًا عليه تركه ، ومعنى قوله بعده مما لم يذكره هو : (وفيه وجه : أنه زيادةُ عقوبة حقًّا للّه تعالى ، ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك) وإذا كان كذلك فُهِمَ من هذا شيئان : أحدهما : أنه لا يجب على السارق الحسمُ ؛ لكونه زيادةَ عقوبةٍ لحقِّ اللّه تعالى ، ولهذا قال : (ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهيته) .

قلت : إن المؤنة لا تجب على المقطوع بل تؤخذ من بيت المال ، وكذلك تجب أجرةُ المداواة من بيت المال أيضًا ، لأنه يُعَدُّ للمصالح » إشكالات الوسيط (ق ١٧٧ / ب - ١٧٨ / ب) .

(٢) اتفق الأئمة على أن العين المسروقة إذا كانت قائمة رُدَّت إلى صاحبها ، وقُطع السارق . أما إذا تلفت ، فمذهب الشافعية أن السارق يضمن بدلَه من مثل أو قيمة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وقول زفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٤) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٦٦) . =

ثم الواجب ، القطع من الكوع . وقال [بعض] [١] أهل الظاهر : من المنكب .

ثم الواجب أولًا قطعُ اليمين . وفي الكرَّة الثانية قَطْعُ الرجلِ اليسرى حذرًا [٢] من استيعاب جنس البطش أو المشي أو استيعاب أحد الجانبين ، فيتعذر المشي [٣] وفي الثالثة تقطع اليد [٤] اليسرى ، وفي الرابعة رِجْلُه اليمنى . واقتصر أبو حنيفة (رحمه الله) في الثالثة على التعزير [٥] . وقد ورد الخبر بما ذكرناه ، وورد في بعض الروايات : « فإن عاد خامسة [٦] فاقتلوه » [٧] ، وقيل : هو قول قديم للشافعي (رضي الله عنه) لكنْ [٨] هذه الزيادة شاذة [٩] .

= حلية العلماء (٨ / ٧٧) . ترشيح المستفيدين ص (٣٨٥) . المقنع ص (٣٠٤) . المبدع (٩ / ١٤٤) . الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف للمرداوى (١٠ / ٢٨٩) .

ومذهب الحنفية : أن السارق لا يضمن ما سرقه إن تلف ، وقال زفر : يضمن . وفرّق الإمام بين السارق الغني والسارق الفقير ، فالغنيُّ يضمن ، والفقير لا يضمن . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٩) . المبسوط (٩ / ١٥٦) . فتح القدير (٥ / ٤١٤) . اللباب (٣/ ٢١٠) . القوانين الفقهية ص (٣٦٥) . المنتقى (٧ / ١٧٧) . تنوير الحوالك (٢ / ١٧٥) . الحاشية على الشرح الكبير (٤ / ٣٤٧) . بداية المجتهد (٢ / ٥٥٣) .

(١) زيادة هامة من (أ) ، (ب) . وقولُ ابن حزم في المحلى (١١ / ٣٥٧) موافق لما ذكره الإمام الغزالي من أن القطع من الكوع وليس من المنكب كما قاله بعض الظاهرية .

(٢) في (أ) ، (ب) : « حذارًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (حذرًا من استيعاب جنس البطش) يعني لو قطعنا اليدين في المرتين ، ومن استيعاب جنس المشي لو قطعنا الرجلين في المرتين ، واستيعابُ أحدِ الجانبين هو بأن يُقْطع في الكرَّتين اليدُ والرجلُ اليمنيين ، أو اليدُ والرجلُ اليسارين ، وفيه تعذُّرُ المشي عليه ؛ لأنه لا يتهيأ له أن يتكئ في المشي على عصًا بخلاف ما إذا كان القطع من خلاف ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٠٠ / ب ، ١١١ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يده » .

(٥) انظر قوله (رحمه الله) في رد المحتار (٤ / ١٠٤) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خامسًا » .

(٧) انظر سنن أبي داود (٤ / ٥٦٥) حديث (٤٤١٠) . والحديث في إسناده مقال .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إلا أن » .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر أن رواية القتل في المرة الخامسة رواية شاذة ، وهو كما قال وقد قال النسائي : هذا حديث منكر » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / أ) .

وأما الحسم ، فهو غَمْسُ محلِّ القطع في الزيت المغلي لتنسَدَّ أفواهُ العروق . والصحيح أن ذلك واجبٌ نظرًا للسارق كيلا يَسْرِي [١] ، وهو إلى اختياره ، وعليه مَئونَتُه [٢] . وفيه وجه : أنه زيادةُ عقوبةٍ حَقًّا لله تعالى ، إذْ لم تزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهية [٣] السارق .

وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته ، وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبرٌ ولم يُصَحَّحْ [٤] . ثم هو استحبابٌ - إن صحَّ التنكيل - إن رآه الإمام .

---

(١) أي كي لا يَسْري أثر القطع إلى نفسه بالإهلاك .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحسم : (الصحيح أنه واجبٌ نظرًا للسارق ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنته) إضافة الوجوب فيه تثبت مع أنه إلى اختياره وعليه مؤنته - فيه تناقضٌ وتنافُرٌ ، وكان ينبغي أن يُعَبّر عنه بأنه حقٌّ للسارق ، ويقتصر عليه كما فعله شيخُه ، أو يُطْلق القولَ بأنَّ مؤنتَه في بيت المال ، كما فَعَلَه غيره . ولا يقال : سمّاه واجبًا بمعنى أنه لا يجوز للإمام مَنْعُ السارق منه إذا أراده . ثم لا يُسَمَّى ذلك واجبًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كراهة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبر) هذا فيه تغليظ فاحش ، فإنه لا يفهم منه إلا أن ثلاثة أيام مما ورد به الخبر ، وليس كذلك ، وإنما ورد الخبر بأصل التعليق ، ثم رأى بعض أصحابنا أنه تبقى ثلاثة أيام ، وبعضهم ساعةً ، والمقطوع به في « المهذب » و « التهذيب » ساعة .

والخبر هو حديث فضالة بن عبيد أنه رأى النبيَّ ﷺ قَطع سارقًا ، ثم أمر بيده فَعُلّقت في عنقه . أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه القزويني في كتبهم ، وقال فيه الترمذي : إنه حديث حسن غريب وذكر النسائي أن الحجاج بن أرطاة ضعيف عند أهل الحديث والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١١١ / أ ، ب) .

قلت : رواه أبو داود (٤ / ٥٦٧) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢١) باب في « تعليق يد السارق في عنقه » حديث (٤٤١١) . والنسائي (٨ / ٩٢) كتاب « قطع السارق » باب « تعليق يد السارق في عنقه » وابن ماجه (٢ / ٨٦٣) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « تعليق اليد في العنق » حديث (٢٥٨٧) جميعًا من طريق عن الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن عبد الرحمن بن محيريز به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٥) .

فروع أربعة

الأول : من سقطت يده اليمنى بآفة سماوية ، فإذا سرق ، قطعنا رجْلَه اليسرى . ولو سرق أولًا ، ثم سقطت يده ، سقط القطعُ ؛ لأنه تعين الاستحقاق ، وقيل : إنه يعدل إلى الرجل اليسرى . وهو غلط .

الثاني : لو بادر الجلادُ وقطع اليسرى ، فإنْ قَصَدَ فعليه القصاصُ ، وقَطْعُ اليمين باقٍ . وإن دُهِشَ وغَلَط ، فقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في الأم على سقوط القطع . ونُقِلَ أيضًا أنَّ الدية تجب باليسرى (١) ، ثم يقطع يمينه ، فتحصلنا على قولين (٢) .

وقال أبو إسحق المروزي : لو سقطت يُسْرَاه بآفة سماوية قَبْلَ قطع اليمين (٣) فلا يبعد أن يجعل كغلط الجلاد ، وهو بعيد .

الثالث : لو كانت (٤) على يده أصبع زائدة ، قطعنا اليدَ ولا نُبَالي ، ولو كان ناقصًا اكتفينا بالموجود ولو وجدنا أصبعًا واحدة . فإن لم نجد إلا الكفّ ، فالظاهرُ الاكتفاء به تنكيلًا بقطع المِعْصَم ، وفيه وجه : أنه يعدل إلى الرجل اليسرى إذا لم يَبْقَ من آلة البطش شيءٌ . واليدُ عبارةٌ عنها . وأما اليد الشلاء فَيُكتفى بها إلا إذا خيف الهلاكُ ؛ لنزف الدم ، فيعدل إلى الرجل .

الرابع : (٥ لو كان للمعصم كفّان ٥) قطعنا الأصلية وتركنا الزائدة إن أمكن ، وإلا قطعناهما . وإن كانتا متساويتين ولا تَبِينُ الأصلية ، قال الأصحابُ : نَقْطعهما جميعًا لنتيقن استيفاء الأصلية ، ولا نُبالي بالزيادة .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في اليسرى » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الجلاد : (وإن دهش وغلط) هذا بخلاف ما سبق منه في القصاص ، فإنه ذكر هناك أن دعوى الدهشة لا تقبل من القاطع ؛ لأنها لا تليق بحاله مع إتيانه بقطع منتظم . وهذا أقوى وأصح من ذاك ؛ فإن القاطع قد يدهش لطول القطع ، ثم قد يدهش عن صفة المقطوع وإن لم يدهش عن صفة القطع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / ب) .

(٣) في (ب) : « اليمنى » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان » . (٥) في (أ) ، (ب) : « لو كان على المعصم كفّانِ » .

الجناية السادسة

قطع الطريق

والنظر في صفة قطاع الطريق ، وفي عقوبتهم ، وفي حكم العفو [١] .

النظر الأول

في صفتهم

والأصلُ فيهم قولُه تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ الآية [٢] . فذكر رسولُ الله ﷺ تفسيره فقال : « أن يُقَتَّلوا [إذا قتلوا] [٣] أو يُصَلَّبوا إذا قَتَلوا وأَخَذوا الأموال [٤] ، أو تُقَطَّع أيديهم وأرجُلُهم إذا أخذوا [المال] [٥] ، أو يَلْحَق الطَّلَبُ بهم إذا هربوا لِيُنْفَوْا من الأرض » [٦] .

وقال داود : يُجْمَع بين هذه العقوبات ؛ لظاهر الآية [٧] . وقال مالك (رحمه الله) : الشاب [٨] يُقْطَع ، والشيخُ ذو الهرم يُقْتل ، ومَنْ ليس له نَجْدَةُ الشباب ولا رَأْيُ الشيوخ يُنْفَى [٩] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي حكم العقوبة » .

(٢) من الآية (٣٣) من سورة (المائدة) .

(٣) زيادة هامة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وأخذوا المال » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (فذكر رسولُ اللهِ ﷺ تفسيرَه ، فقال : « أن يُقْتلوا إذا قَتلوا ، أو يُصْلبوا ... » إلى أخره) هذا غلطٌ ، إنما هو تفسيرُ ابنِ عباس ، وعنه رواه الشافعي ، وكذلك ذكره شيخُه والحافظُ البيهقي . وتفسيرُ ابن عباس (رضي الله عنه) أرجَحُ من تفسير غيره ؛ لأنه ترجمانُ القرآنِ ، والمعنى يَعْضُده . و « أو » هاهنا للتقسيم والتنويع ، لا للشك ولا للتخييرِ والإباحةِ ، كما يقال : حدُّ الزاني : الجلدُ أو الرجمُ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / ب وما بعدها) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بظاهر الآية » .

(٨) في (ب) : « الشباب » .

(٩) انظر تفصيل المذاهب في هذه المسألة في المصادر التالية :

في مذهب الحنفية : مختصر الطحاوي ص (٢٧٦) . المبسوط (٩ / ١٩٥) . الهداية (٢ / ٤٢٣ ، =

(١ ثم يعتبر عندنا فيهم صفتان ١) : النجدة (٢) ، والبُعْدُ عن مَحَلِّ الغَوْث (٣) .

أما النجدة : فَلأَنَّه إن لم يكن [لهم] (٤) شوكة ، بل (٥) كان اعتمادهم على الاختلاس والهرب ، فلا يجب به إلا التعزير . ثم لا يشترط (٦) للنجدة الذكورةُ (٧) ولا السّلاحُ ولا العَدَدُ ، بل لو اجتمع نسوةٌ وكانت (٨) لهنَّ شوكة فَهُنَّ قطاع [الطريق] (٩) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لو كان في جميع القُطّاع امرأةٌ سَقَطَ الحدُّ (١٠) .

= ٤٢٤) . الاختيار (٤ / ١١٤) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٦) . رد المحتار (٤ / ١١٤ ، ١١٥) . وفي مذهب المالكية : الكافي ص (٥٨٣) . القوانين الفقهية ص (٣٦٨) . المنتقى شرح موطأ مالك للباجي (٧ / ١٧١) . الشرح الكبير (٤ / ٣٤٩) . وفي مذهب الشافعية : الأم (٦ / ١٥٢) . مختصر المزني ص (٢٦٥) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٨) . حلية العلماء (٨ / ٨٠) . وفي مذهب الحنابلة : المقنع ص (٣٠٥) . زاد المستقنع ص (١٣١) . دليل الطالب ص (٢٥٩) . الإنصاف (١٠ / ٢٩٢ - ٢٦٩) . المغني لابن قدامة (٨ / ٢٨٨ ، ٢٨٩) . وفي مذهب الظاهرية : المحلى لابن حزم (١١ / ٣١٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ثم عندنا يعتبر فيهم صفات » .

(٢) ويقصد بها الشوكة من السلاح والعتاد والعدد وغير ذلك .

(٣) يعني كالصحاري وأطراف البلاد ، وما يَقِلُّ فيه النجدة . وزاد في الروضة (١٠ / ١٥٤) في شروطهم أن يكونوا مسلمين مكلفين .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : بل ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا يشترط » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الذكور » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكان » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) **مذهب الشافعية** : أن حكم المحاربة يثبت للنساء إذا قَطَعْنَ الطريقَ ، أو اشتركت امرأة أو أكثر مع جماعة من الرجال . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١٥٥) . نهاية المحتاج (٤ / ٨) . حلية العلماء (٨ / ٨٧) . الكافي ص (٥٨٣) . المنتقى (٧ / ١٦٩) . دليل الطالب ص (٢٥٩) . المغني (٨ / ٢٩٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لا يثبت لها حكم المحارب ، وإذا اشتركت مع رجال سقط عنهم أيضًا ؛ لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل ، فأشبهت الصبيَّ والمجنون . واختار الطحاوي وغيره إقامة الحد عليها . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧٧) . المبسوط (٩ / ١٩٧ ، ١٩٨) . رد المحتار (٤ / ١١٧) . حاشية =

والضربُ واللطْمُ كإشهار [١] السلاح بالاتفاق .

والواحدُ إذا قاوَمَ واحدًا - أو جَمْعًا - بفضلِ قوةٍ ، فهو قاطعُ طريق . ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّع لماله [٢] ، بل مالُه محفوظٌ به إلا أن يُقصد ، فمن قَصَده ، فهو قاطعٌ .

وقال الإمام : ينبغي أن يُرَدَّ ذلك إلى العادة ، فحيث يُعَدُّ الواحد مُفَرِّطًا فلا يجب على سالب مالِه إلا التعزيرُ .

فرع: لو هجم على الرفاق قومٌ تستقلُّ / الرفقةُ بدفْعِهم من غير ضرر بَيِّنٍ ، فاستسلموا فهم ٢٥٧/أ المضَيِّعُون وليسوا قُطَّاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم ، بل بتسليم الملاك [إليهم] [٣] . وإن علموا أنهم لا يقاومون ، فهربوا منهم ، فهم قُطَّاع ، وكذلك إذا كان الأمر في قوة الجانبين كالمتقاوم إذا تقاتلوا ، وانكفَّ الفريقان من غير ظفر ، فالظاهرُ أنهم قُطَّاع إنْ جَرى قتلٌ وسَلْبٌ ؛ لأن الشوكة قد تحقَّقَتْ [٤] .

= الشلبي على تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « كشهر » .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّعٌ لماله ، بل مَالُه محفوظٌ به إلا أن يُقْصد) هذا عبارة عن كونه محرزًا من الأصل ، وقد سبق من المصنف في باب « السرقة » في مثله أنه لا يكون محرزًا ؛ لأنه ضائع مع ماله . ويُمْكِن الفَرْقُ بينهما بأن هذا سائر غيرُ ماكثٍ في مكان يتمكَّن القاصدُ من قَصْدِه فيه ، بل جهل مكانه ، ويفوت مَنْ يقصده إلا أن يُصَادف مصادفة ، أو يُرْصَد بمشقَّة ، والله أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال الحموي : « قوله في قطاع الطريق : (فرع : لو هجم على الرفاق قومٌ تستقل الرُّفْقَةُ بدفعهم من غير ضرر بين فاستسلموا ، فهم المضيِّعون وليسوا قطاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم بل بتسليم الملاك ، وإن علموا أنهم لا يقاومون فهربوا فهم قُطَّاع ، وكذلك إذا كان الأمرُ في قوة الجانبين كالتقاوم ، وإذا تقاتلوا أو أتلف الفريقان من غير ظفر فالظاهر أنهم قطاع إن جرى قتلٌ وأَحَدٌ سُلِبَ ؛ لأن الشوكة قد تحققت) .

قلت : ذهب بعض العلماء من المتأخرين وقال : لا حاجة إلى قوله : (إن جرى قتل أو سلب) بل تكفي مَظِنَّتُهما ، وتحمي كلُّ فرقة نفسها بقوتها وتكون العاديةُ قُطَّاعًا .

قلت : أمكن أن يقال : إنما اشترطوا السلبَ ؛ حتى يُعْلَمَ أنهم قطاع مع المساواة ، أما لو كانت لهم قوةٌ وغُلِبُوا كانوا قطاعًا قولًا واحدًا ، وإن كانو مقهورين في أول قتالهم فليسوا بقطاع ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٨ / ب) .

وأما الصفة الثانية : فهو بُعْدهم عن محلِّ الغوثِ . أما ما يَجْرِي من الأخذ على أطراف العمران ، فيعتمد فيه الهربُ والاختلاسُ دون الشوكة ، إلا إذا فَتَرَتْ قوةُ السلطان وثار ذوو العرامة [١] في البلاد ، فهم قطاعٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) وإن كانوا في البلاد . أما إذا دخلوا في وقت قوة السلطان دارًا بالليل مع المشاعل مكابرين [٢] ، ومَنَعوا أهلَ الدار من الاستغاثة [٣] ، وانصرفوا وهم مُتَلَثِّمون [٤] ، ففيهم وجهان :

أحدهما : أنهم قطاع ، ونُزِّل مَنْعُهم من الاستغاثة كبُعْدِهم عن محل الغوث [٥] .

والثاني : أنهم سُرَّاقٌ ؛ فإن الطَّلَب يَلْحقهم على القرب ، وإنما اعتمادهم على التواري والاختفاء .

ولم يذهب أحدٌ إلى أنهم مُخْتلسون [٦] مع أنهم لم يأخذوه في خُفْية واختزال .

فإذنْ قد حَصَل أنّ قطاعَ الطريق مَنْ يَعْتمد على الشوكة في الحال مع بُعْد الغوث ، لا على الاختلاس والهرب في الوقت .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وثَارَ ذَوُو العرامة) تصحّف في بعض النسخ « بارزوا » وإنما هو (ثَارَ) من « الثوران » بالثاء المثلثة . و « العرامة » . بالعين المهملة ، وهي التمرد والعصيان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٢) في (ب) : « متكاثرين » .

(٣) في (ب) : « الاستعانة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهم متلثمون) ليس بشرطٍ فيه ، كما أن المشاعل ليست بشرط ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٥٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم يَذْهب أحدٌ إلى أنهم مختلسون) هذا ، فيه ضربُ مجازفةٍ ، وقد قال فيه شيخه : (ولا يبعد عندنا أن يكونوا مختلسين) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

النظر الثاني

في العقوبة الواجبة

ويَمْترج به النظرُ في جرائمهم ، ولهم في الجرائم أحوالٌ :

الأولى : أن يقتصر على أَخْذِ ربعِ دينارٍ فصاعدًا ، فَتُقْطع يَدُه اليمنى ورجلُه اليسرى ، سواء كان الربعُ ملكًا لواحد أو لجماعة الرفقة ، وكذلك في السرقة لا يفرق بين الخالص والمشترك في النِّصَاب مهما كان الحرزُ واحدًا . وقال ابن خيران : لا يُشْترط النصاب .

الثانية : أن يقتصر على القتل المجرد ، فَيُقْتل ، وليس فيه زيادةُ تغليظٍ إلا كون القتل محتومًا كما سيأتي [(١)] .

الثالثة : أن يَقْتصر على الإرعاب وتكثير الشوكة ، وكان [(٢)] رِدْءًا للقوم ، فعليه تعزيرٌ [(٣)] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هو شريكٌ [(٤)] .

الرابعة : أن يجمع بين الأخذ والقتل [(٥)] ، فالمذهب المشهور : أنه يُصْلَب ويُقْتل ولا يُقْطع ، ويكون الصلبُ زيادةَ تنكيلٍ وتغليظٍ ؛ لأجل الجمع . وقال أبو الطيب بن سلمة : تُقْطع يَدُه ورجْله ؛ لأخذِه ، ويُقْتل ؛ لقتلِه ، ويُصْلب ؛ لجَمْعِه بينهما . وذكر صاحب

---

(١) يعني أن سبيله ليس سبيل القصاص فيمكن العفو عنه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان » .   (٣) في (أ) ، (ب) : « فعليه التعزير » .

(٤) **مذهب الشافعية :** أن من كان معاونًا للمحاربين ، بأن كان طليعة لهم ، أو ردءًا ينحازون إليه ، أو يمدّهم بما يحتاجون إليه في إفسادهم ، فعليه التعزير فقط ، ولا يكون محاربًا . انظر : الأم (٦ / ١٥٢) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . الروضة (١٠ / ١٥٧) . نهاية المحتاج (٨/٧) . حلية العلماء (٨ / ٨١) .

ومذهب الحنفية : أن حكم الرِّدْءِ حكمُ المحارب ، فإنْ باشر القتلَ أحدُ المحاربين ، جَرَى الحدُّ على جميعهم بما فيهم الردءُ . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الهداية (٢ / ٤٢٤) . القوانين الفقهية ص (٣٦٧) . المنتقى شرح موطأ مالك (٧ / ١٧١) . المقنع ص (٣٠٥) . الإنصاف (١٠ / ٢٩٨) . المغني (٨ / ٢٩٧) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بين القتل والأخذ » .

« التقريب » وجهًا : أنه إن [1] أخذ نصابًا وقَتَل : قُطع وقُتل ولم يُصلب ، وإن أخذ أقلَّ منه : قُتِلَ وصُلِبَ [ولم يقطع] [2] ويكون الصلبُ ؛ لأجل الأَخْذ . والمذهب هو الأول . وقال أبو حنيفة : الإمام بالخيار : إن أحبَّ قَتَل وصَلَب ولم يَقْطع ، وإن أحبَّ قَطع وقَتَل ولم يَصْلب [3] .

ثم إذا جَمَعْنا بين القتل والصَّلْب ، فالمذهبُ : أنه يُقْتل على الأرض ، ثم يُصْلب مقتولًا . وفيه وجه : أنه يُقْتل مصلوبًا إما بأن يُتْرك حتى يموت جوعًا على وجهٍ ، أو يُقْصَد مَقْتَلُه بحديدة مُذَفِّفة على وجهٍ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [4] .

ثم كم يُترك على الصليب [5] ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه يترك ثلاثة أيام [6] .

[7] وعلى هذا ، إن كان يتعرض للتهري قبله ، فهل يُتْرك ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا يترك ثلاثة أيام [7] لأن التنكيل قد حصل ، فيُصَان عن التفتُّت والنتن [8] .

والقول الثاني : أنه يترك حتى يتهرى ويسيل وَدَكُه ؛ لأن الصليب اسم الودك ، ومنه اشْتُقَّ اسمُ الصَّلْيب [9] .

---

(١) في (ب) : « أنه إذا » .　　(٢) زيادة من (ب) .

(٣) انظر الهداية (٢ / ٤٣٢) غ. المبسوط (٩ / ١٩٥) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٥) . رد المحتار (٤ / ١١٥) .

(٤) انظر مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في : الهداية (٢ / ٤٢٤) . المبسوط (٩ / ١٩٦) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٧) . رد المحتار (٤ / ١١٥) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كم يُتْرَك على الصليب) الصليب بالياء ، على مثال « مريض » والمرادُ به هاهنا الخشبةُ وهو في الأصل اسم للدهن السايل من عظام المصلوب ، فَسُمِّيت الخشبةُ باسمه مجازًا ؛ لِسيَلانه عليها ، وهذا معنى قوله : (ومنه اشْتُقَّ الصليب . وهو الخشبة) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٦) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (١٠ / ١٥٧) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٥٧) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (اشتق) لم يُرِدْ به الاشتقاقَ الاصطلاحيَّ عند أهل العربية والتصريفِ ، وإنما أراد معناه لغةً ، وهو الانتزاعُ والأَخْذ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

والصحيح أنه يقتل أولًا ويغَسّل ويُصَلّى عليه ، ثم يُصْلب . ولا سبيل إلى ترك الصلاة بكل حال ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) . ويتعذّر على قول (٢) مَنْ يقتله بعد الصليب ، ثم يترك (٣) حتى يتهرى (٤) . نعم ، وإن قلنا : يقتل بعد الصليب ولكن يُنَزَّل بعد ثلاث ، فيمكن أن يُسَلَّم إلى أهله (٥ للغُسْل والصلاة بعد الاسترسال ٦) .

فأما عقوبةُ النَّفْيِ ، فالصحيحُ : أنها غير مقصودة ، بل إن وُجِدوا أُقيم الحدُّ والتعزير ، وإلا لحق بهم طلبُ أعوانِ السلطان حتى يتشردوا في البلاد وينتفوا (٧) من تلك الأرض . ومنهم من قال : هي عقوبةٌ مقصودة في حقِّ مَنِ اقتصر على الإرعاب . ثم منهم من قال : يَنْفيهم الإمامُ إلى بلدمعين ويعزرهم بها (٨)، إماضربًا أو حبسًا . ومنهم من قال : له أنْ يقتصر على النَّفْي (١) .

* * *

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن من قُتِل في المحاربة حدًّا ، يُغَسَّل ، ويُصَلّى عليه ، وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : نهاية المحتاج (٦ / ٨) . فتح الوهاب (٢ / ١٦٤) . ترشيح المستفيدين ص (٣٨٦) . حلية العلماء (٨ / ٨٤) . المنتقى (٧ / ١٧٢) . المبدع (٩ / ١٤٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لا يُصَلّى على قاطع طريق ؛ إهانةً له . انظر : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مذهب » . (٣) في (ب) : « يتركه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من تعذّرِ الصلاة عليه على مذهب مَنْ يقتله بعد الصلب ، ثم يترك حتى يتهرى . وَجْهُهُ : أن شرط الصلاة على الميت تقديمُ الغسل أو التيمم ، ولهذا لم يُصَلَّ على الشهيد ، والغسلُ والتيمم يتعذَّرَان بعد التهري ؛ لأن التيمم لا يكون إلا في الوجه واليدين ، والله أعلم » . مشكل (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

(٥) في (أ) : « للغسل والصلاة بعد الإنزال » . (٦) في (أ) ، (ب) : « وينفوا » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من قال : يَنْفيهم الإمامُ إلى بلدٍ معين) هذا فيه إثباتُ نَفْيٍ غير النفي المذكور في الوجه الذي قبله ؛ فإن ذاك النفْيَ تشريدٌ في البلاد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من قال : له الاقتصارُ على النفي) يعني من غير ضربٍ ولا حَبْسٍ ، وهذا ظاهر الآية ؛ فإنها اقتصرت على النفي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

النظر الثالث
في حكم العقوبة

وله حكمان :

الأول : أن التوبة قبل الظفر مؤثر فيها [١] ؛ لنصِّ القرآن العظيم [٢] ، فيسقط بها تحتُّمُ القتلِ دون أصله على الظاهر ، ويسقط به [٣] الصلبُ وقَطْعُ الرِّجْل . أما قطع اليد هل يسْقُط إذا كان المأخوذ نصابًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كأصل القتل ، وإنما الذي يَسْقط خاصيةُ [٤] قطع الطريق .

والثاني : – وهو الأصح – أنه يَسْقط ؛ لأن هذا يُخَالف صورة السرقة ، واليدُ والرجلُ كعضوٍ واحد هاهنا ، وكذلك إن وجدنا / رجله اليسرى (٥ دون يده اليمنى ، اكتفينا به ولم نَقطع يده اليسرى ٥) ، ومهما عاد ثانيًا قطعنا اليد اليسرى والرجل اليمنى . ٢٥٧/ب

أما التوبة بعد الظفر ، ففيه قولان يجريان في جميع حدود الله تعالى :

أحدهما : [أنه] [٦] لا يؤثر ؛ لأن القرآن (٧ خصص ما قبل التوبة ٧) .

والثاني : أنه يسقط ؛ لأنه إن خصص هاهنا ، فقد أطلق في آية السرقة ، فقال تعالى : ﴿ فَمَن

---

(١) يعني في العقوبة .

(٢) وذلك في قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بها » والضمير يعود على التوبة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « خاصةً » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « دون اليد اليمنى ، اكتفينا بها ، ولم تقطع اليد اليسرى » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « خصص قبل التوبة بما قبل الظفر » .

تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ ﴾ (1) . وقال القاضي : قرنت (2) التوبةُ هاهنا بالإصلاح ، فيدل (3) على أن التوبة بعد الظفر لا تؤثر ، إلا بعد الاستبراء وصلاح الحال (4) ؛ إذْ يمكن أن يكون للهيبة .

وعلى الجملة فمن ظهر تقواه وحسنت حاله (5) ، امتنع مؤاخذتُه بما جرى له في الجاهلية (6) . أما إذا أنشأ التوبة حيث أُخذ لإقامة الحدّ ، فهو مُتَّهَمٌ ، والتوقُّفُ إلى استبرائه : مُشْكِل إن حُبِس ، وإنْ خُلِّي فكيف نتبع أحوالَه ؟! (7) .

الحكم الثاني : أن هذا القتل (8) ، قد ازدحم عليه حَقُّ الله تعالى ، ولأجله تحتَّم [وإن عفا وليُّ القتيل] (9) عن حَقِّ القتيل ؛ فإنه معصومٌ . ولا شكَّ في أنه إذا جَرَح خطأً أو شُبْهَ العمد (10) ، فلا يُقْتل (11) .

---

(1) من الآية (٣٩) من سورة (المائدة) .

(2) في (أ) ، (ب) : « قرن » .

(3) في (ب) : « يدل » .

(4) في (أ) ، (ب) : « وإصلاح الحال » .

(5) في (ب) : « وحسنت حالته » .

(6) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم ظهر تقواه وحَسُنَتْ حالُه ، امتنع مؤاخذتُه بما جرى له في الجاهلية) هذه الجاهلية يتعيَّن حَمْلُها على جاهلية الجاهل العاصي المسلم ، لا على جاهلية الكافر ، فإن تلك لا يُعْتبر في ثبوتها ما ذَكَره من ظهور التقوى وحُسْنِ الحال ، بل مجردُ إظهارِ الإسلام - وإن كان تحت ظلال السيوف - يُسْقِط المؤاخذةَ بما قبله ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

(7) قال ابن الصلاح : « قوله : (فكيف نتبع أحواله) ليس استبعادًا لإمكان التتبع ، بل استبعادًا لشرعية التتبع ؛ لِمَا فيه من التجسس ، واتباع العثرات . وهذا قدحٌ فيما قاله القاضي ، وقولُ القاضي هذا ، مخالفٌ لقولِ غيره من الأصحاب . قال الإمام أبو المعالي : الأصحابُ مُجْمِعُون على أنّا إذا حكمنا بأن التوبة تُسْقِط الحدودَ ، فمجردُ إظهارها كافٍ ، وهو بمثابة إظهار الإسلام تحت ظلال السيوف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .

(8) يعني القتل الذي يعاقب به قاطع الطريق إذا اقترف ما يوجبه .

(9) زيادة من (أ) ، (ب) .

(10) في (ب) : « أو شبه عمد » . وقوله : « جرح خطأ » لعل الصواب « قَتَل خطأ » .

(11) وتكون دية القتيل على عاقلة القاتل . انظر الروضة (١٠ / ١٦٠) .

وإن تمحض العمد [فقد] (١) تعلَّقَ به حقُّ الله تعالى [قطعًا] (٢) فإنه يقتل وإنْ عفا وليُّ القتيل . ولكن هل يَثْبت للقتيل حَقٌّ مع حقِّ الله تعالى ؟ للشافعي (رضي الله عنه) فيه قولان ، وتظهر فائدته في خمس مسائل :

إحداها : لو قتل ذميًّا أو عبدًا أو أَمَة (٣) – ومَنْ لا يُكَافِئُه بالجملة – فإن محضنا حقَّ الله تعالى : قُتِلَ . وإن قلنا : فيه قصاصٌ ، لم يقتل . وهكذا (٤) لو قتل عَبْدَ نفسِه . قال القاضي : يُخَرَّج على القولين . وقَطَع الصيدلاني بأنه لا يقتل وإن جعلناه حدًّا ؛ لأنه مملوكه (٥) ، فلا يَصْلُح لمقاتلته ومخاصمتِه في القتال (٦) .

الثانية : إن مات القاتل وقلنا : إنه محضُ حدٍّ ، فلا دية للقتيل . وإن قلنا : فيه حقُّ الآدمي ، فله الديةُ .

الثالثة : إذا قتل جماعةً اكتفي به إن جعلناه حدًّا ، وإلا قُتِلَ بواحد ، وللآخرين الديةُ .

الرابعة : لو عفا الوليُّ على مالٍ فلا أثر له إن جعلناه حدًّا ، وإلا فله الدية ويُقْتَل حدًّا ، وهو كمرتدٍ استوجب القصاص وعُفِيَ عنه .

الخامسة : لو تاب قبل الظفر سقط الحدُّ وبقي القصاصُ حتى يَسْقط بعفوه إن جعلنا له حقًّا ، وإلا فَيَسْقط بالكلية .

ولعل الأصحَّ الجمْعُ بين الحقَّيْنِ ما أمكن ، فإن سقط الحدُّ بالتوبة ، أو القصاصُ بالعفو ، فيبقى الآخر خاليًا عن الزحمة فَيُسْتوفى . فأما إسقاط القصاص والحد (٧) أو الدية ، فبعيدٌ جدًّا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو ابنه » وهو صحيح أيضًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا » . (٥) في (أ) : « مملوك » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه مملوكه ، فلا يصلح لمقاتلته ومخاصمته في القتال) يعني فلا يكون السيد محاربًا بالنسبة إليه ، فلا يثبت عليه حكمُ المحارب بقتله ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) كلمة : « الحد « ليست في (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا جرح المحارب جرحًا ساريًا فهو كالقتل في التحتم . وإن [1] كان الجرح واقفًا فلا قصاصَ فيه – كالجائفة – فلا يُجْرح [2] . فإنْ قَطع عُضْوًا فيه قصاصٌ ، اسْتُوفي . وهل يَتحتَّم ؟ فيه ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : نعم كالنفس .

والثاني : لا ؛ لأن القتل عُهِد حدًّا ، فلذلك يتحتَّمُ بخلاف القطع [3] .

والثالث : أنَّ قَطْعَ اليدينِ والرجلين يتحتم إن عُهِدَ حدًا في السرقة ، بخلاف الأذن والعين وسائرِ العضاء .

الثاني : يثبت قَطْعُ الطريق بشهادة أهل الرفقة ، يشهد [4] كلُّ واحد لرفيقه لا لنفسه ، ولا يصرح . ولو قال : تعرَّضوا لنا ولرفقائنا [5] ، فسدت صيغةُ الشهادة [6] . وكذا [7] لو قال الشاهد : قَذَفَني مع أُمِّ فلان ، فلا تُقْبل شهادته .

الثالث : يُوَالى بين قَطْعِ اليدِ والرجل ، بخلاف ما لو استحق يُسْرَاه في القصاص ، ويُمْنَاه في السرقة ، فإنه يُقَدم القصاص ويمهل ريثما يَنْدَمِلُ ؛ لأن الموالاة عظيم الضرر [8] . لكن

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو » . (٢) وإنما فيه المال فقط .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٠ / ١٦١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في القطع : (والثاني : لا يتحتم ؛ لأن القتل عُهِدَ حدًّا ، فلذلك يتحتم بخلاف القطع) ينبغي أن يقول : (عهد حدًّا محضًا) حتى لا يرد عليه القطع في حد السرقة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيشهد » . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولرفاقنا » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال الشاهد : تعرضوا لنا ولرفقائنا ؛ (فسدت شهادتُه في الجميع) ؛ لأنه أظهر بذلك العداوة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) في (ب) : « وكذلك » . (٨) في (أ) ، (ب) : « عظيمة الضرر » .

القطعين [١] في المحاربة عقوبةٌ واحدة . ولو استحق يمينه قصاصًا ، قُطعت اليمين [٢] في القصاص ، ويكتفى بالرجل اليسرى . وهل يُمْهل ريثما يندمل ؟ ، فيه وجهان :

أحدهما : يمهل ؛ لاختلاف العقوبة .

والثاني : لا ؛ لأن الموالاة كانت مستحقةً ، فإن فاتت اليد فيبقى [٣] استحقاق الموالاة [٤] .

وإنما يُقَدم القصاصُ على حدِّ السرقة والحراب ، ولا يبنى على الخلاف في تقديم حق الآدمي وحقِّ الله تعالى إذا اجتمعا ؛ لأن الخلاف في الأموال التي لا يَسْقط عنها حقُّ الله تعالى بالشبهة . وأما حدود الله تعالى فتُسقط بالشبهة والرجوعِ عن الإقرار ، فيُقدَّم عليها حقُّ الآدميّ .

الرابع : إذا اجتمعت عقوباتٌ للآدميين ، كحدِّ القذف وقطعِ الطريق والقتلِ . فإن ازدحموا على الطلب : يُجلد ، ثم يُقْطع ، ثم يُقْتل ، ولا يُبادر بالقطع عقيب الجلد إن كان مُستَحِقُّ القتل غائبًا : إبقاءً على روحه حتى لا يَفوت القصاصُ . ولو كا حاضرًا وقال : لا تتركوا الموالاة لأجلي فإني أُبَادر بعد القطع وأَقْتُل / ففيه وجهان : ٢٥٨/أ

أحدهما : أنه يبادر ولا يمهل ؛ لأن النفس مُسْتوفاةٌ ، فلا معنى للتأخير لأجل المقتول ، ولا لأجل المستحِقِّ وقد رَضِيَ .

والثاني : [أنه] [٥] يُمْهل ، فإنه ربما يعفو مستحِقُّ القتلِ ، فتصير النفسُ هدرًا بالموالاة [٦] .

أما إذا أَخَّر بعضُهم حقّه : فإن كان المؤخِّر مُسْتَحِقَّ النفسِ ، قُدّمَ الجلد ويُمْهل ثم يقطع . وإن كان المؤخِّرُ مستحِقَّ الطرف ، فلا يُمْكن البِدار إلى القتل ، ففيه تفويتُ الطرف ، فيجب على مستحِقِّ النفس الصَّبْرُ . وهذا يؤدِّي إلى أن يصير مستحق الطرف إلى غير نهاية ، ويندفع

(١) يعني قطع اليد والرجل .
(٢) في (أ) ، (ب) : « اليمنى » .
(٣) في (ب) : « فبقى » .
(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٣) .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٧) .

القتل ، ولا صائر إلى [أن] [1] مستحقَّ النفسِ يُسَلَّط على القتل . ويقال لصاحب الطرف : بَادِرْ إنْ شئتَ وإلا ضاع حقُّكَ . ولو قيل به لكان منقدحًا ، لكنه لو بادر وقتل [2] بغير إذنٍ : وقعَ الموقعَ ورجع صاحبُ الطرفَ إلى الدية .

أما إذا كان المجتمع حدود الله تعالى ، كحدِّ الشرب ، وجَلْدِ الزنا ، وقَطْع السرقة ، والقتل : فالبدايةُ بالأخفِّ ، وهو ترتيبٌ مستحق ، ثم يمهل إلى الاندمال حتى لا يفوت القتلُ بالموت بالسِّراية ، فإن لم يَبْقَ إلا القتلُ فلا إمهال .

ولو كان بَدَلُ جلدِ الزنا جَلْدَ القذف ، فجلدُ الشرب أَخَفُّ منه ، ولكن [هل] [3] حق الآدمي مقدم [4] ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : أن البداية في الشرب [5] ؛ لأنه أَخَفُّ .

والثاني : أنه يبدأ بحدِّ القذف ؛ لأنه حقّ الآدمي [6] .

وكذا الخلاف لو كان بَدَل حدِّ القذف قَطْع قصاصٍ للآدمي .

ولو زنى وهو بِكْرٌ ثم زنى وهو ثيب ، فقد اجتمع الجلدُ والرجْمُ ، فالظاهر الاكتفاءُ بالرجم ، واندرج الجلد تحته . وفيه وجه : أنه يُجْلد ، ثم يرجم ؛ لأنه لا تَدَاخُلَ مع الاختلاف .

* * *

---

(١) زيادة هامة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَقَتَل » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يقدم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أن البداية بالشرب » والمقصود البداية بحد الشرب .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٥) .

الجناية السابعة

شُرْبُ الخَمْرِ

والنظر في الموجِب والواجب .

أما الموجِب فنقول : يجب الجلد [١] على كل مُلْتَزِمٍ شَرِبَ ما أسكر جنسُه مختارًا من غير ضرورةٍ وعُذْرٍ .

أما قولنا : (ملتزم) احترزنا به عن الحربيّ ، والمجنون ، والصبيّ ، فلا حدّ عليهم .

وقولنا (أسكر جِنْسُه) إشارة إلى [أن] [٢] ما أسكرَ كثيرُه فقليلُه - وإن لم يُسْكِر - يوجِب الحدَّ ككثيره . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يَجِبُ الحدُّ بقليلِ الخمر وإن لم يُسْكر ، وسائرُ الأشربةِ لا يُحَدُّ فيها [٣] إلا في القَدْرِ المُسْكِرِ [٤] .

وقولنا : (مختارًا) احترزنا به عن المكره ، فإنه يُبَاح له الشّربُ لدفعِ ضررِ الإكراه فلا يحدُّ ، بخلاف الزنا فإنّ فيه خلافًا ، ولاخلاف أن الزنا لا يُبَاح بالإكراه [٥] .

---

(١) في (ب) : « الحدّ » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا يحدُّ بها » .

(٤) سبق تفصيلُ هذه المسألة .

(٥) قال الحموي : « قوله : (« مختارًا » احترز به عن المكره ، فإنه يباح له الشربُ لدفع ضرر الإكراه فلا يحد ، بخلاف الزنا فإن فيه خلافًا ... قال : ولا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (لا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه) وقد ذكر خلافًا في إكراه الرجل على الزنا ، وإنما وقع الخلاف لبُعْدِ تصوُّرِه ؛ فإن الآلة لا يُتَصَوَّرُ انتشارُها غالبًا لحصول الخوف ، وهذا يخالف ما ذكره أولًا .

قلت : أراد بذلك إكراهَ المرأة بمعنى أنها تُسَلِّم نفسَها خوفًا من القتل ، بل تمتنع حتى تُغْلَبَ على الفعل فيكرهها عليه ، ويحتمل أن يكون مرادُه به أن لا يباح في حق غير المكره ، والأول أصح ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ /أ) .

وقولنا : (من غير ضرورة) أردنا به أنَّ مَنْ غَصّ بلقمة [(1] ولم يجد غير الخمر ، فله [1)] أن يُسِيغَها بها [(2)] ، وكذلك إذا خاف الهلاكَ من العطش . وأما التداوي بالخمر في علاج الأمراض فلا يجوز ؛ لِنَهْيِ رسولِ الله ﷺ عن ذلك [(3)] ، وقولِه : « إن الله تعالى لم يَجعَلْ شفاءَكم فيما حَرَّمَ عليكم » [(4)] ، ولأن الشفاء به مظنون بخلاف دَفْع العطش وإساغةِ اللقمة .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قولُه في تحريم التداوي بالخمر : (لِنَهْيِ النبيِّ ﷺ عن ذلك ..) إلى آخره ، ولم نجد في ذلك إلا حديثًا رويناه عن حسان بن مخارق عن أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : نبَّذت نبيذًا في كوز ، فدخل النبيُّ ﷺ ، وهو يَغْلي فقال : ما هذا ؟ قلتُ : اشتكتْ ابنةٌ لي فنُعِتَ لها هذا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن الله لم يَجْعل شفاءكم فيما حَرَّمَ عليكم » أخرجه البيهقي في كتاب « السنن الكبير » ولم يُخَرَّجْ في الكتب الخمسة المعتمدة ، وهي : الصحيحان ، وسنن أبي داود ، وسنن النسائي ، وجامع الترمذي ، ولا في سنن ابن ماجه وفي قوله ﷺ هذا ، إشارةٌ إلى تحريم التداوي بالمسكر ، فيكون معناه : إن الله لم يَجْعل شفاءكم فيما حرم عليكم التداوي به ، أو نحو هذا من القول ، فلا يدخل إذن تحته التداوي بسائر النجاسات فإنها غَيْرُ محرمةٍ في حالة التداوي بل في غيرِ حالة التداوي ، بدلالة حديث العُرَنِيِّين المتفق على صحته . ويُغْني عن حديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ما هو أصحُّ منه وأدلُّ ، وهو حديث طارق بن سويد قال : « قلت : يارسول الله ، إن بأرضنا أعنابا نعتصرها ، فنشرب منها ، قال : لا ، فراجعتُه ، فقلت : إنا نستشفي به للمريض ، فقال : إن ذلك ليس شفاء ، ولكنه داء » أخرجه أبو داود وابن ماجه ، قال الحافظ ابن عبد البر : هو صحيح الإسناد ، وأخرج مسلم في صحيحه نحوه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣/ب) .

(٤) حديث صحيح : رواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٣٣٥/٢) باب « النجاسة وتطهيرها » برقم (١٣٨٨) ورواه أبو يعلى في مسنده (٤٠٢/١٢) برقم (٦٩٦٦) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٥٦/٢٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/١٠) كتاب « الضحايا » باب « النهي عن التداوي بالمسكر » جميعًا من طرق عن جرير عن الشيباني عن حسان بن مخارق عن أم سلمة به .

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨٦/٥) وعزاه إلى أبي يعلى والبزار ، وقال : « رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق ، وقد وثقه ابن حبان » .

وقلت : والحديثُ له شاهدٌ من حديث طارق بن سويد الجعفي أنه سأل رسولَ الله ﷺ عن الخمر ، فنهاه ، أو كَرِهَ أن يَصْنعها للدواء ، فقال : إنما أصنعها للدواء !! فقال : « إنه ليس بدواء ، ولكنه داءٌ » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٧٣/٣) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣) باب « تحريم التداوي بالخمر » برقم (١٩٨٤) .

ولكن يجوز التداوي بالأعيان النجسة كَلَحْم السرطان ، والحية ، والمعجونِ الذي فيه الخمرُ ؛ لأن تحريم الخمر المسكر مُغَلَّظٌ ، وتركُه مقصودٌ لا يُقاوِمُه ظنُّ الشفاء .

وأما الزَّجْرُ عن تناول النجاسات - مع أن مصير الأطعمة إلى النجاسة - فهو من قبيل المروءات المستحسنة فيجوز أن تزول بعذر المرض . وقد قال القاضي : « (١) لا يُحَدُّ الشارب إنْ قصد التداويَ بها (١) » فكأنه جَعَل ذلك شبهةً في الإسقاط (٢) ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداوي بها (٣) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يحد الشارب إن لم يقصد التداوي » .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (فكأنّه يجعل ذلك شبهة في الإسقاط) أي : جعل قصد التداوي شبهةً في إسقاطه الحدّ ، لا أنه جَعَلَه مُبيحًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداوي بها) ليس كما قال ؛ فقد قاله بعضُ الأصحاب ، نقلَه غيرُ واحدٍ من المصنفين ، وهو منهم ، فقد نقلَه في أول « وسيطه » هذا والله أعلم » . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

قال الحموي : « قوله في باب حد الخمر : (وأما الموجب فنقول : يجب الحد على كل ملتزم ، شرب ما أسكر جنسُه ، مختارًا ، من غير ضرورة وعذر ... إلى قوله : أما قولنا : « من غير ضرورة » أردنا به أن من غصَّ بلقمة ولم يجد غيرَ الخمر فإنه يسيغها به ، وكذلك إذا خاف الهلاكَ من العطش ، وأما التداوي في علاج الأمراض فإنه لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن ذلك ... إلى قوله : ولأن الشفاء مظنونٌ بخلاف دفع العطش وإساغة اللقمة ... إلى أن قال : لم يصرح أحدٌ بجواز التداوي) .

قلت : ما ذكره الشيخ هاهنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه اختار جوازَ الشرب للعطش ، والاختيارُ : أنه لا يجوز في العطش ويجوز في التداوي ، وعللوا وقالوا : الخمر يزيد العطشان لهبًا بخلاف المداواة ؛ فإن الظاهر منها الشفاءُ ، والشرعُ تعبَّدنا بالظاهر ، وقول النبي ﷺ محمولٌ على ما إذا لم يغلب على ظنِّ الطبيب المسلم الشفاءُ ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ موافقًا لما ذكروه . الإشكال الثاني : أنه قال : (ولم يصرح أحدٌ بجواز التداوي بها) ولا شك أنه قد ذَكَرَ في أول العبادات خلافًا فيه وهو قوله : (ومنهم من جوَّز التداوي قياسًا على إساغة اللقمة) وإذا كان كذلك كان بينهما نوع مناقضة .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ؛ فإن ما ذكره الشيخ من التعليل لا ينفي ما علَّله معظمُ الأصحاب ، فإنه يبعد أن يدفع العطشَ في الحالة الراهنة وبعده يحصل زيادةُ عطش ، بخلاف المداواة فإنه لا يزيل المرضَ غالبًا في الحال على تقدير غلبة الظن ، وبه اندفع الإشكال .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ؛ فإن ما ذكره الشيخ يحتمل أمرين : أحدهما : أن يقال : لعل =

وقولنا : (من غير عذر) احترزنا به عن التداوي ؛ إذ الظاهر أنه لاحدّ وإن عَصَى ؛ وعن حدث العهد [١] بالإسلام إذا لم يعلم التحريم ، وكذا [٢] الغالط إذا ظَنَّه شرابًا آخر . قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو سكر مثلُ هذا الرجل لم يَلْزمه قضاءُ الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه [٣] » وقال : « لو شَرب الحنفيُّ النبيذَ حَدَدْتُه » [٤] .

ونَصَّ [٥] أن الذميَّ لا يُحَدُّ وإن رضي بحكمنا . وسببُه : أن الحنفي في قبضة الإمام والحاجةُ قد تمسُّ إلى زجره بخلاف الذمي الذي لم يَلْتزم حُكْمَنَا [٦] . ومن أصحابنا من

= ذلك القائل فَهِمَ ذلك منه بطريق المفهوم لا بطريق التصريح ، فعلى هذا لا منافاة بينهما . الثاني : يحتمل أن يكون مراده أنه لم يصرح به أحدٌ من الخراسانيين دون العراقيين ؛ فإنهم صرحوا بذكر الخلاف فيه . فعلى هذا لا منافاة بينهما كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٣ / أ - ١٧٤ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وعن حديث العهد » . (٢) في (أ) ، (ب) : « كذلك » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي - رضي الله عنه - لو سكر مِثْلُ هذا الرجلِ لم يلزمه قضاءُ الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه) هذا التعليلُ هو من كلامه ، لم ينقله عن الشافعي رضي الله عنه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

(٤) روى الشافعي في الأم بإسناده عن عليّ بن أبي طالب (رضي الله عنه) أنه قال : « لا أُوتى بأحدٍ شَرِبَ خمرًا - نبيذًا أو مسكرًا - إلا حَدَدْتُه » .

(٥) في (أ) : « والنص » .

(٦) قال ابن الصلاح : « كلامُه في الفرقِ بين الحنَفِيّ والذميّ كلامٌ مُوهِمٌ ، فقولُه : (إن الذمي لم يَلْتزم حُكْمَنا) معناه لم يَلتزم بعقدِ الذمة حكمنا فيما نُحَرِّمه نحن ، وهو يستبيحه حيث لا تعلُّقَ له بمسلم .

وقولُه : (وإنْ رَضِيَ بحكمنا) لا ينافي ذلك وليس في رضاه بحكمنا - إذا شرب - التزامٌ بحكمنا عليه بالحدّ فإن ذلك رِضًا منه بحكمنا على الإجمال .

وقولُه : (إن الحنفي في قبضة الإمام) المرادُ به ضدُّ ما ذكرناه في الذمّيّ ، أي أنه يلزمه الانقيادُ لحكم الإمامِ في ذلك وإن حكم عليه بالعقوبة فيما يحرمه الإمام ويستحله هو ، وللإمام ذلك إذا رأى المصلحة فيه كما في النبيذ ، فإن مفسدته كمفسدة الخمر المجمع عليه على ما شهدت به التجارب . قلت : وقد وجدت لما استشكل من حدّ الحنفي فى النبيذ مع استحلاله ، مستندًا قويًّا ، وهو إقامة عمر (رضي الله عنه) الحدَّ على قدامة بن مظعون في شُرْبه الخمرَ مع استحلاله لها قبل انعقاد إجماع الخاصة والعامة على تحريمها ، والخمر إذ ذاك كالنبيذ الآن في ذلك ، وانتشر ذلك بين الصحابة فصار إجماعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ وما بعدها) .

قال : لا يُحَدُّ في المسألتين ، ومنهم من قال : يُحَدُّ في المسألتين .

ثم الموجب (١) – بقيوده – يجب (٢) أن يَظْهر للقاضي بشهادةِ رجلينِ ، أو إقرار صحيح (٣) ، ولا يعَوّل على النكهة والرائحة ؛ فلعله غلط ، أو أُكْرِهَ (٤) .

ولو قال مطلقًا : شربتُ المسكر (٥) ، أو قال الشاهد : شَرِبَ مسكرًا ، أو شرب شرابًا شربه غيرُه فسكر ، كفى ذلك (٦) ولو تقدَّر احتمالُ الإكراه (٦) مع ظاهر الإضافة .

* * *

(١) في (أ) : « ثم الواجب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ينبغي » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو إقرار صريح » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو أُوجِرَه » وكلاهما صحيح ، ومعنى « أُوجِرَه » أي : أُدخل الخمر في حلقه رغما عنه .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شربت مسكرًا » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا نقدر احتمال الإكراه » .

الطرف الثاني

في الواجب

والنظر في : قدره ، وكيفيته .

أما القدر : فأربعون جلدةً ، وأصلُه ماروي أن النبي ﷺ أُتي بشارب ، فقال : « اضربوه بالنعال » ، فضربوه بالنعال ، وأطرافِ الثياب ، وحَثَوْا عليه الترابَ ، ثم [قال] [1] بَكِّتوه ، أو عَيِّروه [2] ونحوه ، ثم قال [3] : « أَرْسِلُوه » ، فلما كان في [4] زمان / أبي بكر (رضي الله عنه) أَحْضَر الذين شاهدوا ذلك فَعَدَلُوه بأربعين جلدةً ، فكان يَجْلد أربعين [5] ، وكذلك عمر (رضي الله عنه) في صدر خلافته [6] حتى تتايَعَ الناسُ [7] بشرب الخمر [8] واستحقروا [9] ذلك ، فشاور الصحابة ، فقال علي (رضي الله عنه) : « من شرب سَكِرَ ، ومن سكر هَذَى ، ومن هَذَى افترى ؛ فأرى عليه حدّ المفترين » ، فكان عمر (رضي الله عنه) يَجْلد ثمانين ، وعثمانُ (رضي الله عنه) يَجْلد ثمانين [10] ، ثم عاد

٢٥٨/ب

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أي : عَيِّروه » .

(٣) كلمة : « قال » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « في » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قال الإمام ابن الصلاح : « مارواه من الحديث في قَدْرِ حدِّ الخمر ، قد رويناه في السنن الكبير مُفَرَّقًا في أحاديث ، وبعضُها دون بعض في القوة ، وأوله إلى قول علي (رضي الله عنه) رواه الشافعي (رضي الله عنه) من حديث عبد الرحمن بن أزهر رضي الله عنه » مشكل الوسيط (جـ٢ق١١٤ /ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في صدر الخلافة » .

(٧) قال ابن الصلاح قوله : (تتايع الناس) التتايع : بالياء المثناة من تحت قَبْلَ العين ، وهي لا تستعمل إلا في الشر ، وهو التهاون فيه واللجاج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في شرب الخمر » .

(٩) في (ب) : « واستخفُّوا » .

(١٠) رواه أبو داود في سننه (٦٢٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتايع في شرب الخمر » حديث (٤٤٨٩) . ورواه الدارقطني (١٥٨/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٠/٨) والحاكم في المستدرك (٣٧٥/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

عليٌّ (رضي الله عنه) إلى أربعين [(١)] . ورُوي [عنه] [(٢)] أنه (عليه السلام) أمر حتى جَلَدَ الشارب أربعين ، ورُوِيَ أنه قال : « إنْ شَرِبَ فاجْلِدْه [(٣)] . فإن عاد فاجْلِدُوه ، فإنْ عَادَ فاقتلوه » [(٤)] . ولا خلاف أن القتل منسوخٌ في الشرب [(٥)] .

ثم اختلف الأصحاب في شيئين :

أحدهما : أنه هل يكفي الضربُ بالنعال وأطرافِ الثياب ؟ والحديثُ يدل على جوازه [(٦)] ، ومن منع قال : ذلك لاينضبط فقد كُفِينا مئونة [(٧)] التعديل ؛ فيُتبع .

الثاني : أن الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين هل له ذلك ؟ ، فمنهم من منع لرجوع عليٍّ (رضي الله عنه) عنه . ومنهم مَنْ جَوَّزَ [(٨)] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى الأربعين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فاجلدوه » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٢٣/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتابع في شرب الخمر » . حديث (٤٤٨٢) بإسناده عن معاوية بن أبي سفيان (رضي الله عنه) مرفوعًا بلفظ : « إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاقتلوهم » . ورواه الترمذي (٣٩/٤) (١٥) كتاب « الحدود » (١٥) باب « ما جاء : من شرب فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه » حديث (١٤٤٤) . وقال الترمذي : « إنما كان هذا في أول الأمر ، ثم نسخ بعد » ورواه النسائي (٣١٣/٨) كتاب « الأشربة » باب « ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر » ورواه ابن ماجه (٨٥٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٧) باب « من شرب الخمر مرارًا » حديث (٢٥٧٣) .

وقال ابن الصلاح : « وقع في نسخ « الوسيط » أن « القتل » كان في المرة الثالثة ، وليس بصحيح ، بل هو في الرابعة فيما رويناه من حديث أبي هريرة ، وفي الخامسة فيما رويناه من حديث معاوية ، رواهما أبو داود في سننه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب) .

(٥) انظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣٦/١٣) ، والاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار للحازمي ص (٤٦٧) .

(٦) وهذا هوالصحيح كما في الروضة (١٧٢/١٠) .   (٧) في (ب) : « مؤنة » .

(٨) وهوالأصح كما في الروضة (١٧٢/١٠) .

أما الكيفية ، فالنظرُ في : السَّوط ، ورفْع اليد ، والضَّرب ، والزمان .

أما السوط ، فليكن وسطًا [١] ، ويقوم مقامه الخشبةُ الزائدة على القضيب الناقصة من العصا . ولا يَنْبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليُبْس [٢] .

وأما رفع اليد ، فلا يرفعه فوق الرأس ؛ فَيَعْظُمَ الألمُ ، ولا يكتفي بالرفع اليسير فلا يُؤْلم ، بل يُرَاعي التوسطَ [٣] .

وأما الضرب ، فيفرقه [٤] على جميع بدنه ، ويَتَّقي المقاتِلَ ، كالقرط والأخدع [٥] وثغرة النحر والفرج ، ويَتَّقِي الوجْهَ ؛ ففيه نَهْيٌ في البهائم ، فكيف في الآدميّ ؟ [٦] . ولايتقي الرأس عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لِقَوْلِ أبي بكر (رضي الله

---

(١) قال ابن الصلاح : « السوط في الأصل هو المتخذ من جلود وسيور تُلْوى وتُلَف ، وهو معروف ، وثمرته طرفُه ، وهكذا ثمرة اللسان طرفه ، وهذا هو المراد بثمرة السوط المذكورة في الحديث الذي رواه الشافعي عن مالك ، المذكور فيه : « فأُتِيَ بسوط جديد ، لم تُقطع ثمرته » واشْتَبَهَ هذا على إمام الحرمين ، فَغيَّرَ ألفاظَ الحديث ، وقال فيه : « فأُتِي بخشبة » وفسّر الثمرة بعقدها التي هي منابت الغصون الدقيقة ، وتَبِعَه على ذلك الغزاليُّ في « بسيطه » ونسأل الله عِصْمَتَه وتوفيقه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب ، ١١٥/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا ينبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليبس) هذا قاله في « الحسبة » وعنده أن في غاية الرطوبة إفراطًا في الإيلام من حيث إنها تلتوي على البدن ويغوص تأثيرها فيه حتى يتشقَّق منه الجلد ، وفي غاية اليُبْسِ تفريطًا لخفتها وقلّة إِيلامها ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الوسط » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فَلْيُفَرِّقْه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في المقاتل : (كالقرط والأخدع) كذا هو في « النهاية » و « البسيط » وليس بصحيح ، وصوابُه أنْ يقال : (كما تحت القرط) وهو ماتحت الأذن ؛ إذ القرط عبارة عما علق من شحمة الأذن من حلقةِ ذهبٍ أو غيره ، والأخدعُ : عرقٌ في موضع المحاجم من العنق ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (ويَتَّقِي الوجْهَ ، ففيه نَهْيٌ في البهائم فكيف في الآدمي ؟) اتَّبَعَ فيه شيخه ، وفيه تقصيرٌ إذ وَجْهُ الآدميّ نفسُه منصوصٌ عليه في أحاديث ، منها مارويناه في صحيح مسلم وغيره عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « إذا ضَرَبَ أحدُكم فَلْيتجنب الوجْهَ » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

قلت : الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢٠١٦/٤) (٤٥) كتاب « البر والصلة والآداب » (٣١) باب « النهي عن ضرب الوجه » حديث (٢٦١٢) ، ورواه أبو داود (٦٣١/٤) حديث (٤٤٩٣) .

عنه) للجلاد : « اضْرِبِ الرأسَ ؛ فإن الشيطان في الرأس » .

ولا تُشَدّ اليدان من المجلود ، بل يترك حتى يتقي - إن شاء - بيديه .

ولا يُتَلُّ للجبين (١) بل يُضْرب (٢ وهو قائم .

وتُضْرَب المرأة وهي جالسةٌ ، ويلفُّ عليها ثيابُها ؛ لكيلا تنكشف ٢) .

وأما الزمان ، فلابد من موالاة الضرب ، فلو فرق مائةَ سوطٍ على مائة يوم لم يَجُزْ (٣) . ولوضرب خمسين في يوم ، وخمسين في يوم آخر قال (٤) : إنه جائز ، والضبط فيه عسيرٌ ، فالوجْهُ أن يُقَال : إذا انمحى (٥) أثَرُ الألَمِ الأول لم يَجُزْ ، وإن كان باقيًا جاز .

(٦ هذا هوالقول في الجناية الموجبة للحدود٦) ، ولابُدَّ من الاختتام ببابٍ في التعزير .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يُتَلُّ للجَبِين) أي لا يُصْرَع لجبينه ، والجبينُ غَيْرُ الجبهة ، وهما جَبِينانِ إلى جانبي الجبهة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وأما الزمان فلابد فيه من موالاة الضرب ، ولو فرّق مائة سوط على مائة يوم لم يجز) .

قلت : ذكر بعض العلماء من المتأخرين أنه كان ينبغي أن يقول : فلا يضرب في حر شديدولا في برد شديد ، على ما يذكر بعده ؛ فإن المائة قد تكون متواليةً في يوم فيه حرٌّ شديد [أو برد شديد] ، ومع هذا لا يجوز .

قلت : هذا إشكالٌ ضعيف جدًا ؛ فإنه أراد به في أثناء الحر ، وإنما غرضه أن يذكر كل واحد في الغالب إلا وقد يكون متوقفًا على غيره ، وإنما غرضه أن يذكر كل واحد في موضعه » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩/أ، ١٧٩/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قالوا » . (٥) في (أ) : « مُحِيَ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « هذاهو القول في الجنايات الموجبات للحدّ » .

باب

في التعزير [1]

والنظر في : الموجب ، والمُسْتَوْفِي ، والقدر ، وأصل الوجوب .

أما الموجب : فكلُّ جنايةٍ سوى هذه السبعة مما يَعْصى العبدُ بها رَبَّه ؛ فيستوجب بها التعزير [2] ، سواء كان على حقّ الله تعالى ، أو على حقّ الآدمي [3] ، إذْ حقُّ الآدمي [4] أيضًا لايخلو عن حقِّ الله تعالى .

وأما المستوفي : فهو الإمامُ ، وليس ذلك للآحاد إلا الأب والسيد والزوج . أما الأبُ فلا يعزِّر البالغَ ، والصغيرُ لا يُعَصَّى [5] لكن للأبِ الضرْبُ تأديبًا وحَمْلًا على التعلُّم وردًّا عن سوء الأدب . ⁽⁶ وللمعلِّم أيضًا ذلك ⁶⁾ بإذن الأب . وكلُّ ذلك جائزٌ بشرط سلامةِ العاقبة ، فإنْ أفضى إلى الهلاك [7] وَجَبَ الضمانُ على العاقلة ، ويكون شِبْهَ عمدٍ ، ويُتبين أنهم جاوزوا حدَّ الشرع ، إلا مايظهر كونُه عمدًا محضًا ، ففيه القصاصُ .

وأما السيدُ ، فالصحيحُ : أن له تعزيرَ عبدِه في حقِّ الله تعالى ، وأما في حق نفسِه ، فجائزٌ بلا خلاف .

---

(١) هذا العنوان ليس في الأصل وزدتُه للبيان .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الموجب للتعزير : (كلّ جنايةٍ سوى هذه السبعة مما يعصى بها العبدُ ربَّه تعالى) هذا يَرِدُ عليه تَرْكُ الصلاةِ ، فإنه مما سوى السبع ، والواجِبُ فيه القتلُ حدًّا دون التعزير . وقتالُ الصائل كقتال الباغي وما ألحقه به في ذلك . والصوابُ أن لا يذكر واحدًا منهما في الجنايات الموجبة للحدود ، فإن الواجبَ فيها القتالُ للدفعِ والردُّ إلى الطاعة . والقتل إنْ وَقَع لم يكن حدًّا ، بل يقع ضِمْنًا غير مقصود ، وهذا معلوم من قاعدة المذهب . واقتصر فيه في « البسيط » على أنه [يعني الموجب للتعزير] كلُّ جنايةٍ لا تُوجِبُ الحدَّ عَصَى مرتكبُها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو حق الآدميين » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الآدميين » .

(٥) أي أنّ الصغير لا يُوصَف بالمعصية وإن ارتكب ما هو حرامٌ شرعًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وللمعلم ذلك أيضًا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « هلاك » .

وأما الزوجُ ، فلا يُعَزِّرُ زوجتَه إلا على النشوز [١] على الترتيب الوارد في القرآن العظيم ، فإن كانت لاتنزجر بالضرب اليسير بل بضربٍ مخوف ، فلا يُعزِّر أصلًا ؛ لأن المبَرِّحَ مهلكٌ [٢] ، والخفيفُ غيْرُ مفيدٍ .

أما أصل الموجب [٣] ، فقد قال العلماء : [٤] ما يتمحَّضُ لحقِّ الله تعالى [٤] فالاجتهادُ [فيه] [٥] إلى الإمام ، فإنْ رَأَى الصلاحَ في سَحْبِ ذيلِ العفو والتغافلِ عنه في بعض المواضع : فَعَل . وإن رأى الاقتصارَ على الزجر بمجرد الكلام : فَعَلَ ؛ إذِ المصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، وكم تجاوَزَ رسولُ الله ﷺ عن أقوامٍ أساءوا آدابهم !!.

أما المتعلق بحق الآدمي ، فلا يجوز إهمال أصله مع طلب المستحق . لكن هل يجوز للإمامِ تَرْكُ الضربِ والاقتصارُ على الزجر بالكلام إنْ رأى ذلك ؟ فيه وجهان .

ولو عفا المسْتَحِق ، فهل للإمامِ التعزيرُ ؟ فيه ثلاثةُ أوجه [٦] :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلا في النشوز » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يهلك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما أصل الوجوب » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ما يتعلق بحق الله تعالى » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (المتعلق بحق للآدمي فليس له إهمال أصله مع طلب المستحق ، فكل هذا لا يُجَوِّزُ للإمام تركَ الضرب والاقتصارَ على الزجر بالكلام ، إن رأى ذلك فوجهان ، فإن عفا المستحق هل للإمام التعزير ؟ فيه ثلاثة أوجه ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالٌ فإنه قال : (إن غلب على ظنِّ الإمام تركُه جاز قولًا واحدًا ، وإن غلب على ظنه أنه لا يكفي فلابد من فعل ما يظنه زاجرًا لمثله) فعلى هذا لم يبق لاتجاه الخلاف وجه .

قلت : أمكن أن يقال : الخلاف مبني على ما إذا شك الإمام أو نائبه في صورة احتمل وقوع الفتنة ، فمنهم من جعل حكمَ الشك حكمَ غلبةِ الظن ، ومنهم من لا يلحقه [به] ، والتفصيل أن يقال : إن احْتُمِل من ترك الضرب والعدول إلى الزجر حصولُ فتنة لم يجز تركُ الضرب ، وإن لم يحصل بالعدول إلى الكلام وقوعُ فتنة عدل إلى الكلام . وأما إن كان يغلب على الظن أن يفضي تركُ الضرب إلى محظور لم يجز تركُ الضرب والعدول إلى الكلام وجهًا واحدًا ، وإن لم يُفْضِ عند غلبة الظن إلى محذور جاز العدول إلى الكلام ، هذا في حق الآدمي ، وأما في حق اللّه تعالى فإنه يجوز له تركُ التعزير إن رأى مصلحةً ، وإن لم يكن في تركه مصلحةٌ لم يجز له تركه » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ / ب ، ١٨٠ / أ) .

أحدها : لا ؛ لأنه [ليس] (١) المستحق .

والثاني : نعم ؛ (٢ لأن ذلك لايخلو أيضًا ٢) عن الجناية على حق الله تعالى ، وربما أراد الإمامُ زَجْرَه عن العَوْد إلى مثله / .

٢٥٩/أ

والثالث : أنه إنْ عفا عن الحدّ سقَطَ ، وإن عفا عن التعزير ، فللإمام التعزيرُ ؛ لأن أصلَ التعزير موكولٌ إلى الأئمة (٣) .

أما قدر الموجب : فلامردَّ لأقلِّه ، وأكثرُه محطوطٌ عن الحدّ . (٤ ومنهم من قال ٤) : يُحَطُّ كلُّ تعزيرٍ - وإن عَظُم - عن أقل الحدود ، وهو حدُّ الشرب . ومنهم من قال : تعزيرُ مقدماتِ الشرب يُحَطُّ عن حدِّه ، ولا يحط تعزير مقدمات الزنا إلا عن حد الزنا ، وكذلك تعزير (٥) مقدمات القذف ؛ فإنَّ إمْسَاكَ العبدِ سيِّدَه (٦ حتى يَقْتله ٦) غيرُه [كبيرة] (٧) أعظم من شُرْب قطرة من خمر (٨) . وروى صاحب « التقريب » حديثًا عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يُجْلَد فوق العشرة إلا في حدٍّ » (٩) ، وقال : الحديثُ صحيحٌ . فإن صحَّ ، فمذهبُ الشافعي (رضي الله عنه) اتباعُ الحديثِ ، وإن لم يَصِحَّ

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك أيضًا لا يخلو » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٧٦/١٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم منهم من قال » .

(٥) كلمة : « تعزير » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ليقتله » .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « من الخمر » .

(٩) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٨٢/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٤٢) باب « كم التعزير والأدب ؟ » حديث (٦٨٤٨) بلفظ : « لا يُجْلَد فوق عشر جلدات إلا في حَدٍّ من حدود الله » .

ورواه مسلم (١٣٣٢/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٩) باب « قدر أسواط التعزير » حديث (١٧٠٨) ، وأبو داود (٦٢٩/٤) حديث (٤٤٩١) ، والترمذي (٥١/٤) حديث (١٤٦٣) ، وابن ماجه (٨٦٧/٢) حديث (٢٦٠١) جميعًا من طرق عن بكير ابن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة مرفوعًا به .

الحديثُ فَيُحَطّ عن عشرين في حقِّ العبد [1] ؛ لأنه حدُّ الشرب في حقّه . وفي حقِّ الحر ، هل يُحَطّ عن العشرين [2] الذي هو أقل ما يجب حدًّا كاملًا [3] أو [عن] [4] الأربعين الذي هو حدُّه ؟ ، فيه وجهان .

وأما مالك (رحمه الله) فإنه جَاوَزَ الحدَّ ، وجوَّز القتلَ في التعزير ؛ للاستصلاح ، وهو ضعيف ؛ إذ الاستصلاحُ التامُّ يحصل بالحدودِ والتعزيراتِ والحبسِ ؛ فلاحاجةَ إلى القتل ، والله أعلم [5] .

وإذا فرغنا من موجباتِ الحدود ، فَجديرٌ بنا أن نُشِير إلى مُوجبات الضمانات ، سوى ماذكرناه في كتاب « الغَصْب » .

* * *

---

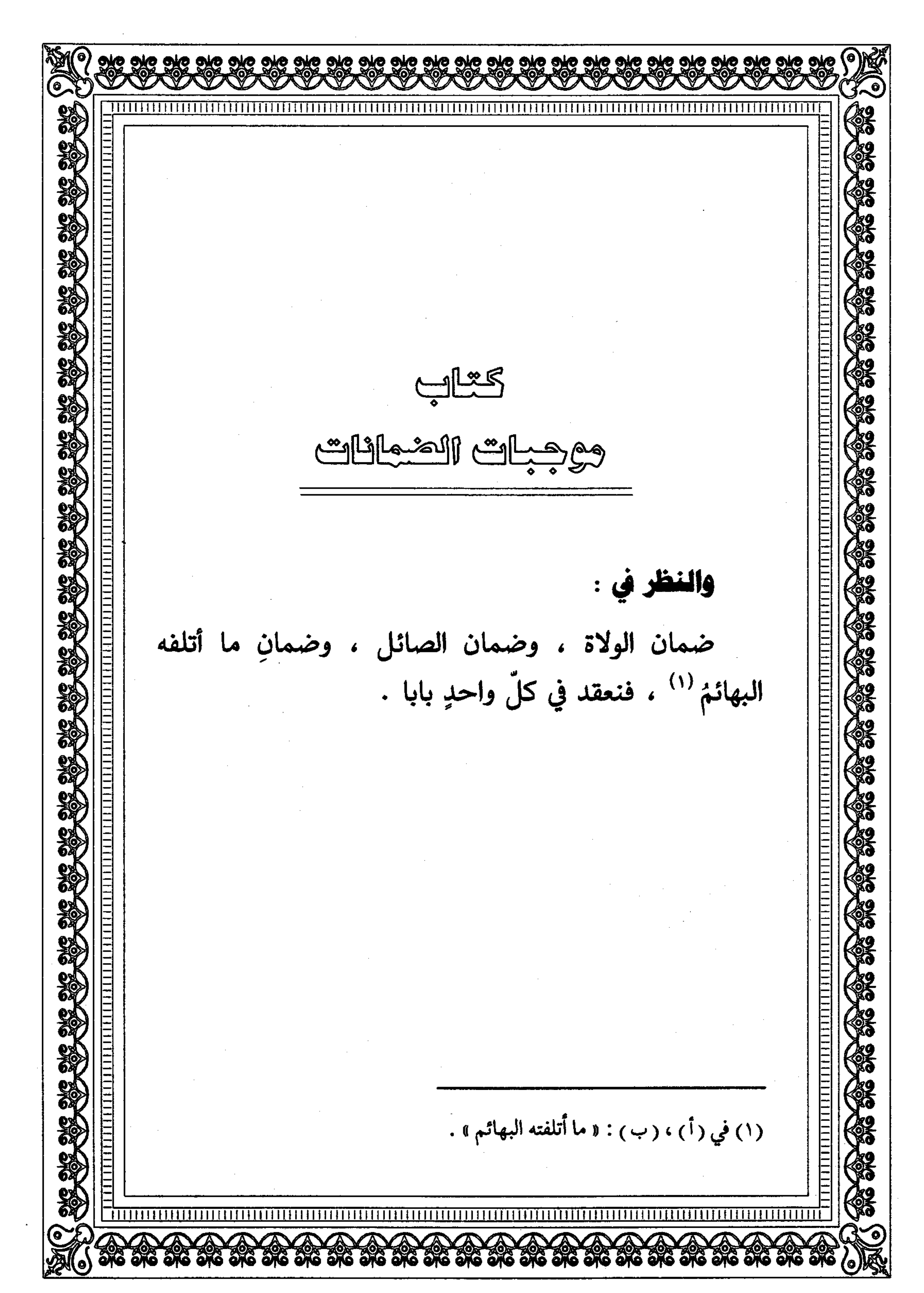
(١) قال ابن الصلاح : « الحديث الذي صححه صاحب « التقريب » متفق على صحته . وقول المصنف : (وإن لم يصح الحديث فيحط عن عشرين في حق العبد) غَيْرُ مرضيٍّ ؛ فإنه لا شك في صحته ، أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث أبي بردة بن دينار . وكان ينبغي أن يقول : (وإن لم يُعْمل بالحديث ..) إذ قد قال بعض أصحابنا : أجمعت الأمةُ على جواز الزيادة على العشرين . فيدل الإجماع على كونه منسوخًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١١٥/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عشرين » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الذي هو أقل ما يجب حدًّا بحال » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) ، (ب) . وانظر حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤) فقد أورد تفصيلًا فيما حكاه الإمام الغزالي عن الإمام مالك (رحمهما اللّه تعالى) . وانظر أيضًا التشريع الجنائي الإسلامي للشهيد عبد القادر عودة ففيه تفصيل عن مسألة التعزير بالقتل (٦٨٧/١ - ٦٨٩) .



كتاب
موجبات الضمانات

والنظر في :

ضمان الولاة ، وضمان الصائل ، وضمانِ ما أتلفه البهائمُ [1] ، فنعقد في كلّ واحدٍ بابا .

(١) في (أ) ، (ب) : « ما أتلفته البهائم » .

الباب الأول

في ضمان الولاة

والنظر في : موجب الضمان ومحلّه .

أما الموجب : فالصادر عن الإمام : إما تعزير ، وإما حدّ [١] ، أو استصلاح .

أما التعزير : فمهما سرى وَجَب الضمانُ ، وتبينَّ خروجُه عن المشروع ؛ إذ المشروعُ ما لا يُهْلِك ، وهو منوط بالاجتهاد ومشروطٌ بسلامة العاقبة ، فيجبُ الضمان على كل مُعَزِّر إذا لم تَسْلَمِ العاقبةُ .

وأما الحدود ، فهي مقدَّرة فيما عدا الشرب ، فإذا اقتصر فمات ، قلنا : الحقُّ قَتَلَه . أما إذا مال عن المشروع ، فلا يخلو : إما أن يكون في وقت ، أو قَدْرٍ ، أو جنس .

فإن كان في الوقت [٢] ، بأنْ أقامَه في شدة الحر ، فالنصُّ أنه لايَضْمن [٣] ، وفي مثله في الختان يَضْمن ، وذكرنا فيه النقلَ والتخريجَ ، فكأنّه يرجع حاصلُ الخلافِ إلى أنّ التأخيرَ مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ .

أما الجنسُ ، فشاربُ الخمر إذا ضُرب بالنعالِ وأطرافِ الثياب قريبًا من أربعين [٤] - فمات ، فلا ضمانَ إلا على الوجه البعيد في أن ذلك غير جائز .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو حدٌّ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في وقت » .

(٣) وهو المذهب أيضًا كما في الروضة (١٠/١٧٧) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال (رحمه الله) : « شاربُ الخمر ، إذا ضُرِبَ بالنعال وأطرافِ الثياب قريبًا من أربعين فمات فلا ضمان » ثم قال : (وإن ضُرِبَ أربعين فمات فقولان) قولُه : (قريبا من أربعين) غَيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ لأنه إن جَعَل ذلك حدَّ الخمر فلاصائر إليه . وإن أراد به بعضَ الحد ، فذلك يُوهِمُ أن جميع الحدِّ - الذي هو أربعون - ليس كذلك فيما إذا كان بالنعال ، ويُوهِمُ أيضا أن سبب الفرق بين هذا وبين محلّ القولين كونُ ذلك أربعين ، وكونُ هذا قريبًا من أربعين ، وليس الأمر عندهم في ذلك على ذلك ، واللّه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/أ) .

وإنْ ضُرِبَ أربعين ، فقولان :

أحدهما : لاضمانَ كسائر الحدود [1] .

والثاني : نعم [2] ؛ لقول علي (رضي الله عنه) : « إنَّ ذلك شيء رأيناه بعد رسول الله ﷺ [3] » [4] وهذا بشرط أن لا يصح الخبر في جلد الأربعين [4] .

فإن أوجبنا ، فالصحيحُ إيجابُ كلِّ الضمان . وفيه وجه : أنه يوزَّع [5] على التفاوت بين ذلك ، وبين الضرب بالنعال في الألم . وهذا شيءٌ لا يَنْضبط ولا يُدْرَك أصلًا .

أما القدرُ ، فهو أن يَضْرب في حدّ القذف أحدًا وثمانين ، فقولان :

أحدهما : أنه يجب عليه من الضمان جزءٌ من أحد وثمانين .

والثاني : أنه يجب النصف ؛ نظرًا إلى الحق والباطل ، [6] إذ ربما أثر آلام السياط [6] لا تتساوى .

أما إذا ضَرَبَ في الشرب ثمانين ، ضمن الشطر ؛ لأنه زاد عن [7] المشروع مثله [8] . فلو أَمَر

---

(١) وهذا هو المشهور ؛ لأن الصحابة أجمعوا على أن الشارب يضرب أربعين . انظر الروضة (١٠/١٧٨) ، وقال الغزالي في الوجيز (٢/١٨٣) : « إنه أظهر القولين ؛ لتقدير الصحابة به » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بلى » .

(٣) هذا الأثر ذكره الشافعي كما في المختصر ص (٢٦٦) قال : « ورُوي عن علي (رضي الله عنه) أنه قال : « ليس أحَدٌ نُقيم عليه حدًّا ، فيموت ، فأَجِدُ في نفسي شيئًا ، الحقُّ قَتَلَه إلا حدّ الخمر ؛ فإنه شيء رأيناه بعد النبي ﷺ ، فمن مات منه فَدِيَتُه ، إما قال : في بيت المال ، وإما قال : على عاقلة الإمام » والشكّ من الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا بشرط أن لا يصح في الخمر جلدُ الأربعين » . قلت : قد صح ذلك كما رواه مسلم في صحيحه وسبق تخريجه .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مُوَزّع » .

(٦) في (أ) : « إذ مقادير آلام السياط » .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا ضرب في الشرب ثمانين فمات ، ضَمِنَ الشطر ، لأنه زاد على المشروع مثله) يعني : زاد على المشروع جلدًا مثله تعزيرًا . قلت : وإنما جاز فيه التعزير بأربعين ؛ لأنه تعزير على تَصَدِّيه للافتراء في =

الجلادَ بثمانين ، فزاد واحدًا [١] ، اجتمع من الأصول ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يسقط من الضمان أربعون من واحد وثمانين ، ويجب أربعون على الإمام ، وواحدٌ على الجلاد [٢] .

والثاني : أنه يجب في مقابلة الباطل نصفٌ موزَّعٌ على الإمام والجلاد بالسوية [٣] .

والثالث : أنه يُجعل الضمان أَثْلاثًا ، فَيَسْقط ثلثُهُ ، ويجب على الإمام ثُلُثُه ، وعلى الجلّاد ثُلُثُه .

أما الاستصلاح ، فهو : إما بقطع سِلْعة [٤] أو بالختان .

أما السلعة ، فللعاقل أنْ يَقْطعها من نفسه إن لم يكن فيه خوفٌ ، فإن كان مخوفًا لم يَجُزْ لإزالةِ الشَّيْن . وهل يجوز للخوف على البقية ؟ ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأن الخوفَ موجودٌ في التَّرْكِ والقطع ، فلا فائدة في القطع .

والثاني : الجواز ؛ إذِ الخوفُ متساوٍ ، فإليه الخيرةُ [٥] .

= هذيانه ، ومقدِّمات القذف يعتبر فيها النقصُ عن حد القذف لا عن الأربعين على وجه صحيح سبق . ومن قال : يعتبر في كل تعزير نَقْصُه عن الأربعين ، اعتذرنا له بأن الأربعين هاهنا تعزيران أو تعزيرات على تصديه للافتراء أو لغيره من المعاصي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فزاد واحدةً » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠/١٧٨) .

(٣) في (ب) : « بالتسوية » .

(٤) قال ابن الصلاح : « السِّلعة ، قيل : إنها الغدة ، ذكره إمام الحرمين ، وفي صحاح اللغة للجوهرى : إنها زيادة تحدث في الجسد كالغدة تتَحرَّك إذا حُكَّتْ ، وقد تكون من حُمّصة إلى بطيخة . قلت : وهي بكسر السين كما في سلعة المتاع . ومَنْ قالها بفتح السين فهو مخطىء ، وإنما السَّلعة بالفتح : الشجة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ أ ، ومابعدها) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠/١٧٩) .

والثالث : أنَّ القطع - إن كان أسلم في الظنِّ الغالبِ - جاز ، وإن اعتدل الخوفُ فلا ، وكذلك الخلافُ في اليد المتآكلة .

أما من به أَلَمٌ لايطيقه ، فليس له أن يُهْلِكَ نفسَه ، فإن كان الموتُ معلومًا ، مثل الواقع في نار [1] لا ينجو منها / قطعًا ، وهو قادر على إغراق نفسِه [2] ، وهو أهون عليه [3] : اخْتَلَفَ فيه أبو ٢٥٩/ب يوسف ومحمدٌ (رحمهما الله) ، والأصحُّ : أنَّ له أنْ يُغْرِق نفسَه .

رجعنا إلى الوالي والولي ، وليس لهما ذلك في حقّ العاقل البالغ إجبارًا ، بل الخيرة إلى العاقل . فإن فعلوا وَجَبَ القصاصُ .

أما المَوْليّ عليه بالصغر والجنون ، فللأبِ أنْ يتعاطى فيهم ما يتعاطى العاقلُ في نفسه لإزالة الشَّيْنْ والخوف .

أما السلطان ، فله ذلك حيث لاخوفَ ، ويكون قطعه كالفَصْد والحجامة ، وهو جائزٌ له . وإن كان في القطع خطرٌ فليس للسلطان ذلك ، كما ليس له الإجبار على النكاح ؛ لأن مثل هذا الخطر يَستدعي نظرًا دقيقًا وشفقةً طبيعيةً ، وليس للسلطان ذلك ، فإنْ فَعَل حيث لم نجوِّز ، فتجب الدِّيَةُ ، وفي القود قولان [4] ، ووجْهُ الإسقاطِ الشبهةُ ؛ إذْ هذا مما تقتضيه ولايةُ الأب وإن لم [تكن] [5] تقتضيه ولايتُه . ثم الصحيحُ أن الدية في خاصِّ مالِه وإنْ سقط القود ؛ لأنه عمدٌ محض . وحيث جوزنا [6] للأبِ والسلطانِ ذلك ، فسرى ، قال القاضي : « وجبَ الضمانُ كالتعزير ؛ لأنه غير مضبوط [7] ، وإنما جوزنا بالاجتهاد » ، والصحيح ما قاله الأصحابُ ، وهو سقوط

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في النار » .

(٢) وذلك كأن يكون في سفينة مشتعلة مثلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقد » بدلًا من « عليه » .

(٤) والأظهر من القولين أنه لا يجب ؛ لأنه قَصَد الإصلاح . انظر الروضة (١٠/١٨٠) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « حيث جُوِّزَ ... » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه غير مضبوط) أى فيما يرجع إلى الألم والسراية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ب) .

الضمان ؛ لأن الجرح فيه خطر ، وقد جُوّز مع الخطر ، وإنما جُوِّزَ من التعزير مالا خَطَرَ فيه . وكيف يتعرض الوليّ لضمانِ سراية الفصد والحجامة ، وذلك يَزْجُره عن فعله ، ويَضُرُّ بالصبيِّ ؟ . نعم ، يتجه ذلك في الختان بعضَ الاتجاه فإنه ليس على الفور ، ولا فيه خوفٌ [١] . والصحيح أيضًا أنه لاضمان .

أما الختان ، فمستحقٌّ عند الشافعي (رضي الله عنه) في الرجال والنساء ؛ لأنه جائز ، مع أنه جرح مخطر ، فيدل على وجوبه ، والواجبُ في الرجال قَطْعُ مايَغْشى الحشفَة ، وفي النساء ماينطلق عليه الاسم .

ثم أولُ وجوبه بالبلوغ [٢] ، وليس يجب على الصبي ، بخلاف الغُدّة إذْ تنقضي من غير فعل ، والأولى أن يبادر الوليُّ في الصبي ؛ لسهولة ذلك عند سخافة الجلد ، فإن بلغ وامتنع استوفى السلطان قهرًا ، فلا ضمان إذ وجب استيفاؤه إلا أن يَفْعل في شدة الحر ، فإن النصَّ أنه يضمن [٣] ، وفيه تخريج سبق .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه التضمين في الختان : (إنه ليس على الفور ولا فيه خَوْفٌ) معناه وتقريره : ليس على الفور في حقّ الصبي ونحوه ، ولا في تركه خوفٌ عليه كما في السِّلْعة حتى يحتاج إلى تجويزه للولي من غير ضمان كي لايمنعه من فِعْله خَوْفُ الضمان مع كونه غَيْرَ مُسْتَبْعَدٍ حينئذ لما فيه من الخطر ، وإنما فسرنا ذلك بالخوف في الترك – مع أن ظاهر لفظه فيه لايُشْعِرُ به – ؛ لأن الخوف في نفس الختان ثابتٌ قد أثبته المصنفُ في قوله بعد هذا : (إنه جرحٌ مخطر) ولأن ماذكرته من المعنى يقتضيه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١١٧/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « البلوغ » .

(٣) وهو المذهب كما في الروضة (١٨٢/١٠) .

النظر الثاني

في محله

والإمامُ كسائر الناس فيما يتعاطاه [1] لا في معرض الحكم [2] ، أو في معرض الحكم على خلاف الشرع عَمْدًا . أما إذا بَذَلَ الممكن في الاجتهاد فأخطأ ، ففي الضمان قولان :

أحدهما : أنه كسائر الناس يجب عليه ، أو على عاقلته [3] .

والثاني : أنه في بيت المال ؛ لأن الوقائع تكثر ، وهو مُعَرَّض للخطأ ، فكيف يُسْتهلك مَالُه ؟!. وعلى هذا ، ففي الكفَّارة وجهان [4] ؛ لأنها من جنس العبادات فتبعد عن التحمُّل . ويجري القولان فيما لو ضَرَبَ في الشرب ثمانين وقلنا : له ذلك . ولا يجري إذا أقام الحدَّ على حاملٍ مع العلم ؛ فإنه مقصِّر [5] ، والغرةُ [6] على عاقلته قطعًا ، وكذلك إذا قضى بقولِ عبدين ، أو كافرين ، أو صَبيَّيْنِ وقصَّر في البحث . فإنْ بحث فأخطأ ، [7] جرى فيه القولان [7] ، إلا أنه يُمْكِن الرجوع على الشهود ؛ لأنهم تصدوا [8] لِمَا ليسوا أهلًا له . ومنهم من قال : لارجوعَ ؛ لأنهم صدقوا أو أصروا ، وليس القاضي كالمغرور ؛ إذ المغرورُ غيرُ مأمور بالبحث ، وهو مأمورٌ به [9] .

(١) في (أ) ، (ب) : « فيما يتعاطى » .

(٢) يعني ما يتعدى فيه الإمام من التصرفات ، ويقصر فيه ، أو يخطىء خطأ لا يتعلق بالحكم ، كأن يرمي صيدا – مثلًا – فيقتل إنسانًا ، فالحكم فيه كالحكم على سائر الناس ، فيجب الضمان في ماله ، أو على عاقلته .

(٣) والأظهر أن الضمان على عاقلته . انظر الروضة (١٠/١٨٣) .

(٤) إذا قلنا : إن الضمان على العاقلة ، فالكفارة في ماله . انظر الروضة (١٠/١٨٣) .

(٥) أي مع العلم بأنها حامل ، فيكون مقصرا ؛ إذ أقام الحد في هذه الحالة .

(٦) الغرة : عبد أو أمة ، وتكون ديةً للجنين إذا سقط ميتًا بالتعدي على أُمِّه . انظر المصباح المنير (٢/٦٨٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « جرى القولان » .

(٨) في الأصل : « قصدوا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) والأصح أنه لا يرجع على العبدين أو الفاسقين ؛ لأنهما يزعمان أنهما صادقان ، ولم يُوجد منهما تَعَدٍّ ، وليس =

فإن قلنا : يرجع ، ففي تعلقه برقبة العبدين ، أو لزومه في ذمتهما خلافٌ [1] . وفي الرجوع على المراهق نظرٌ ؛ لأن قوله بعيد أن يعتبر الإلزام [2] ، ولكن يمكن أن يُجْعَل كجنايةٍ حِسّيّة ، ولذلك تعلّق برقبة العبد على رَأْيٍ .

فإنْ كانا فاسِقَيْنِ - ورأينا نَقْضَ الحكم بظهور الفسق بعد القضاء - ففي الرجوع عليهم ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يجب كالعبدين .

والثاني : لا ؛ لأنهما من أهل الشهادة [على الجملة] [3] .

والثالث : أنه يرجع على المجاهر دون المكاتم ؛ فإنَّ عليه سَتْرَ الفسق بخلاف الرقّ فإنه لايُسْتتر .

أما الجلاد ، فلا ضمان عليه [4] ؛ لأنه كَيَدِ الإمامِ وسيفِه ، ولو ضمن لم يرغب أحدٌ فيه [5] ، وكذا الحجام إذا قطع سلعة بالإذن فلاضمان عليه [6] مهما كان القطع مباحًا . أما إذا قطع يدًا صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلافٌ ؛ لأن المستحق أسقط

= عليهما إفشاءُ حالهما ، ولا عليهما إخفاءُ ما علموه ، والقاضي قد يُنْسَب إلى تقصير في البحث . انظر الروضة (١٨٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٣٨/٢) .

(١) إن قلنا : يرجع على العبدين بالضمان ، فالأصح أنه يتعلق بذمتيهما لا برقبتيهما . انظر الروضة (١٨٤/١٠) .

(٢) في (أ) : « الإلزام » . وفي (ب) : « للالتزام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : (لأنهما من أهل الشهادة على الجملة) يعني على مذهبٍ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « حكم الجلاد - كما قال إمام الحرمين - نادرٌ من النوادر ، فإنه قاتلٌ مباشِرٌ مختار لا يتعلق به في القتل حق حتى إنه لا كفارةَ عليه ، مع أن الكفارة أسرعُ أحكام القتل ثبوتا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/أ) .

(٥) يعني لو ضمن الجلادُ لما رغب أحدٌ في هذا العمل أصلًا .

(٦) من قوله : « لأنه كيدِ الإمامِ ... إلى قوله .. فلا ضمان عليه » ساقط من (ب) .

[حقه] [١] ولكنه محرم [٢] .

ولو قَتَلَ حرٌّ عبدًا ، وأمر الإمامُ بقتله ، والجلادُ شفعوي [٣] ، ففيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اعتقاد الجلاد ، وفي الثاني [٤] إلى اجتهاد الإمام [٥] .

وكذا الخلافُ فيما لو كان الإمام شفعويًا [٦] فأخطأ بذلك ، والجلادُ حنفي : فالنظرُ إلى جانب الإمامِ يوجب القصاصَ على الجلاد [٧] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قطع يدًا صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلاف) قلت : هذا الخلاف ذكروه في ضمان النفس إذا سرى القطع إلى النفس ، وبنوه على القولين في أن الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تثبت للمقتول ثم تنتقل إلى الوارث ؟. وأما أرش الطرف ، فقطعوا بسقوطه وهكذا ذكر المصنف وشيخه ذلك في باب العفو عن القصاص ، وكلامه هاهنا يُوهِمُ جريانَ الخلاف في أَرْشِ الطرف ، ويوهم أن قوله : (لأن المستحق أسقطه ولكنه محرم) إشارةٌ إلى تعليل الرأيين فيه معًا ، ونحن نُفَسِّره بما يوافق ما عُرِفَ في ذلك ، فنقول : كلامه هذا تعليل منه للقول بسقوط دية النفس بأنه المستحق لها وقد أسقطها في ضمن إباحته وإذنه في القطع الساري ، وإن كان القطع لا يجوز بذلك ، بل هو محرم ، كما يسقط الضمان فيما إذا أذن في إتلافِ محرمٍ لماله ، وإن كان الإتلاف محرمًا فاعلمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/أ) .

(٣) في (ب) : « شافعي » وهو الصواب لغةً ، قال الفيومي : وقول العامة : شفعوي ، خطأٌ ؛ لعدم السماع ومخالفة القياس . انظر المصباح المنير (٤٨٥/١) مادة (ش ف ع) .

وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله في شافعي المذهب : (شفعويّ) خطأٌ ، بل الشافعيُّ مَذْهَبًا والشافعيُّ نَسَبًا ، سواء في اللفظ عند أهل العلم بالعربية والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

قلت : وقولُه : (والجلادُ شفعوي) يعني أنه لا يعتقد قَتْلَ الحرّ بالعبد قصاصًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والآخر » بدل « وفي الثاني » .

(٥) والأصح عند الشافعية : أنه يجب القصاص والضمان على الجلاد ؛ لأن واجبه الامتناعُ إلا أن يكون مُكْرَهًا . انظر الروضة (١٨٥/١٠) .

(٦) في (ب) : « شافعيا » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالنظر إلى جانب الإمام يُوجب القصاص على الجلاد) وجْهُه - مع كون الإمام أذن فيه مخطئًا - أنه بمنزلة ما لو قَتَلَ بغير إذن الإمام ؛ لأن الإمام لو عَرَفَ الحال لما أَذِنَ ، والجلادُ عارفٌ ومُفَرِّط في كونه لم يُخْبِرِ الإمامَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

وكلُّ هذا إذا كان للجلاد محيصٌ عن الفعل [1] . فإن لم يكن فهو كالمكره - على رأيٍ - وقد ذكرناه / .

٢٦٠/أ

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكلُّ ذلك إذا كان للجلاد محيصٌ عن الفعل) يعني به ما إذا أمرَه الإمامُ على وجهٍ لا يخاف من سطوته لو لم يمتثل أمْرَه . فإن لم يكن له محيصٌ ، وهو يَخاف من سطوته لو لم يمتثل ، فهو على الخلاف المعروف في أن أَمْرَ السلطانِ المخَوفِ من سطوته ، لو خُولِفَ ، هل يكون إكراهًا حتى يسقط - على قول - ما ذكرناه من القصاص ؟ والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

الباب الثاني

في دفع الصائل

والنظر في :

المدفوع ، والمدفوع عنه ، وكيفية الدفع .

أما المدفوع ، فلا تفصيل فيه عندنا ، بل كلُّ ما يخاف الهلاكُ منه ، يُبَاح دَفْعُه ولا ضمان فيه ؛ لأنه مُسْتَحَقُّ الدفْعِ ، يَسْتوي فيه المسلمُ ، والكافر ، والصبي ، والمجنون ، والبهيمةُ [(١)] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب ضمان البالغ ، ويجب ضمان البهيمة الصائلة [(٢)] ، [(٣] وله في الصبي والمجنون تردد [٣)] .

واختلف الأصحاب في مسألتين :

إحداهما : جرَّةٌ تدهورت [(٤)] من سطح ، أو جدار مُطِل [(٥)] على رأس إنسان فدفعها [(٦)] فكسرها ؛ فمن ناظرٍ إلى أنه مُسْتحقّ الدفع ، ومن ناظرٍ إلى أنه [(٧)] لااختيار لها حتى يُحَالَ عليها ، فصار كالمضطر في المخمصة إلى طعام الغير ، فإنه يأكل ويَضْمن [(٨)] .

---

(١) انظر في مذهب الشافعية : مختصر المزني ص (٢٥٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٥) . الروضة (١٠/ ١٨٦). فتح الوهاب (١٦٧/٢) .

(٢) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٨) . رءوس المسائل ص (٥٠٦) . إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص (٤٤٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وله في المجنون والصبي تردد » .

(٤) تدهورت : يعني وقعت من عُلُوٍّ .

(٥) مُطِلّ : أي مُشْرِف مُسْتَعْلٍ . قاله ابن الصلاح في المشكل .

(٦) قوله : « فدفعها » ساقط من : (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٨) والأصح أنه يجب الضمان عليه كما في الروضة (١٠/١٨٦) . والغاية القصوى (٩٣٩/٢) .

الثانية : إذا اضطر إلى طعامٍ في بيته ، وعلى بابه بهيمةٌ صائلة لاتندفع إلا بالقتل ، فهو مردد بين ضرورة [١] المخمصة و الصيال [٢] ، ففيه وجهان [٣] .

وهذا حكم جواز الدفع .

أما جواز الاستسلام فَيُنظر : إن كان الصائلُ بهيمةً أو ذميًّا ، لم يَجُزْ ، ووجب الدفع ؛ إِذْ عهد الذميِّ ينتقض بصياله [٤] . وإن كان مسلمًا محقونًا فقولان :

أحدهما : الجواز [٥] ؛ لقوله ﷺ لحذيفة (رضي الله عنه) في وصف الفتن [٦] : « كُنْ عَبْدَ اللهِ المقتولَ ، ولا تَكُنْ عبْدَ الله القاتل » [٧] .

والثاني : المنع [٨] ؛ لأن الصائل لاحرمة له ؛ لظلمه ، والمصولُ عليه محترمٌ . وإنما يؤمر بترك القتل في الفتنة خوفًا من إثارة الفتنة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « صورة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والصائل » .

(٣) والأصح هنا نَفْيُ الضمان . انظر الروضة (١٠/١٨٦) .

وقال ابن الصلاح : الخلاف المذكور في المسألتين إنما هو في وجوب الضمان مع جواز الدفع قطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالصيال » .

(٥) أي جواز الدفع .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في وَصْفِه الفِتَنَ » .

(٧) قال ابن الصلاح : « حديث حذيفة « كن عبدالله المقتول ... » ذكر شيخه أنه حديث صحيح ، ولا اعتماد عليه في هذا الشأن ، ولم أجده في كتب الحديث الخمسة المعتمدة » . مشكل الوسيط (ق ١١٨/ب) .

وقال في الروضة : (١٠/١٨٨) : « وإن كان مسلمًا فقولان :

أظهرهما : لايجب الدفع ، بل له الاستسلام .

والثاني : يجب ، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله ، وجب ، وإلا فلا ، والقائلون بجواز الاستسلام ، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب ، وهو ظاهر الأحاديث » أ . هـ . قلت : والحديث المذكور رواه أحمد في مسنده (٥/١١٠) . والدار قطني في سننه (٣/١٣٢) .

(٨) أي : المنع من الاستسلام .

نعم ، يجوز للمضطرين في المخمصة الإيثار ؛ لأن الحرمة شاملةٌ للجميع .

وأما الصبي والمجنون ، فمنهم من ألحقهما بالبهيمة ، ومنهم من طرد القولين . ووجه القطع بالمنع : أنَّ قَتْلَ الصبيِّ يجب مَنْعُه على المكلَّف إذا قدر كيلا يبوء بالإثم ؛ لأنه صورةُ ظلمٍ (١) .

أما المدفوع عنه : فله ثلاث مراتب :

الأولى : ما يَخُصُّه ، وهو كلُّ حقٍّ معصومٍ : من نفسٍ ، وبُضعٍ ، ومال وإن قَلَّ حتى يُهدَر الدمُ في الدفع عن درهم (٢) ، وحُكي عن الشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أنه لايُدفع عن المال بالقَتْل ، وهو غريبٌ .

الثانية : ما يخصّ الغيرَ وهو يقدر على دفعه (٣) . منهم من طرد القولين في وجوب الدفع ، ومنهم من قطع بالوجوب ؛ إذْ لامَدخَل للإيثار هاهنا ، وهو حقُّ الغير . ومن الأصوليين مَنْ قطع بالمنع ، وقال : ليس شَهْرُ السلاحِ في مثل ذلك إلى الآحاد ، بل إلى السلطان ؛ لأنه يُحَرِّك الفتنَ .

الثالثة : ما يتعلق بمحض حقِّ اللّه تعالى ، كشرب الخمر ، فظاهرُ رَأْي الفقهاء

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه في توجيه قولِ مَنْ قطع بوجوب دفع الصبي الصائل ، ولم يُخَرِّجْه على الخلاف المذكور في وجوب دفع الصائل البالغ ، تفسيرُه وتقريرُه : أنَّ القتل الذي أراد الصبيّ الصائل اتباعه بالمكلف المصُول عليه ، يجب على المكلف مَنْعُه منه إذا قدر ؛ كيلا يَبُوءَ بصورة الإثم ؛ لأنه صورة ظلم ، وليس الصبيُّ مستقلا موكلًا إلى اختياره بخلاف البالغ ، فوجب على هذا المكلَّف دَفْعُه من هذه المفسدة وإن لم يكن وليَّاله ؛ لتعلُّقها به . هذا ما أمكن في تصحيح كلامه هذا ، وكان ينبغي أن لايعدل إليه عما في « النهاية » و « البسيط » وهو أنه إنما جازله الاستسلام للبالغ على قولٍ ؛ لأن البالغ يبوء بإثمه وإثمِ نفسه كما قال الله تعالى في قصة هابيل وقابيل : ﴿إنّي أُريدُ أَنْ تَبُوءَ بإثمى وإثْمِكَ﴾ أي تتحمله ، وليس الصبيُّ والمجنونُ كذلك ، فَكَانَا كالبهيمة . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في دفعِ عن درهم » والمقصود : أن نفس الصائل يجوز أن تُهْدَر إذا أراد الصائل أَخْذَ المال وإن قلَّ ، حتى ولو كان المالُ درهمًا ، ولا ضمان على المصول عليه .

(٣) قال ابن الصلاح : « أي ولا يخاف هلاك نفسه فيه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/أ) .

وجوبُ الدفع ؛ بسبب الأمر بالمعروف ، ولو بالسلاح . ومنهم مَنْ منع ذلك إلا للسلطان خوفًا من الفتنة . وذكرنا في ذلك تفصيلًا طويلًا في كتاب «الأمر بالمعروف» من كتب «إحياء علوم الدين»(١).

أما كيفية الدفع ، فيجب فيه التدريجُ ؛ فإن اندفع بالكلام لم يُضرب ، أو بالضرب لم يُجرح ، أو بالجرح لم يُقْتل ، وإذا اندفع لم يُتْبَعْ .

ولو رأى مَنْ يزني بامرأةٍ ، فله دَفْعُه إنْ أبى ولو بالقتل . فإن هرب فاتَّبَعَه وقَتَلَه ، وجَبَ القصاصُ عليه إن لم يكن محصنًا (٢) ، فإن كان مُحْصَنًا فلا قصاص ؛ لأنه مُسْتَحِقُّ القتل وإن لم يكن للآحاد قَتْلُه . وكذا من استبدَّ بقطع يدِ السارقِ فلا قصاص ، ولكن لابُدَّ من إقامة بينةٍ عليه ؛ فإنه لايُسْمع مجرد دعواه للزنا والسرقة .

وتُبنى على هذه القاعدة مسائل :

الأولى : لو قَدَرَ المصولُ عليه على الهرب ، فالظاهر أنه ليس له الدفع (٣) ، ومنهم من جوَّز ، وكأنَّ الموضعَ حقُّه فلايلزمه الهربُ .

ولو كان الصائل يندفع بسوط ، لكن ليس في يد المصول [عليه] (٤) إلا مالو ضرب به لجرح : فالظاهرُ جوازُ الضرب ؛ لأن المعتبرَ حاجتهُ ، وهو لايقدر على غيره ، ولذلك نقول : الحاذق الذي يَقْدِر على الدفع بأطراف السيف من غير جرح ، يَضْمن إنْ جَرَح ، والأخرقُ الذي يَعْجِز عنه لا يَضْمن .

الثانية : لو عضَّ يَدَ إنسانٍ ، فله أن يسل يده ، فإن نَدَرت أسنانه (٥) فلا ضمان ،

---

(١) انظر إحياء علوم الدين (٢/٢٨٥ - ٣٠٦) .

(٢) أي فإن هرب الزاني ، فاتبعه الدافعُ وقتلَه ، فعلى الدافع القصاصُ إن كان الزاني غير محصن ، فإن كان الزاني محصنًا فلا قصاص على الدافع ؛ لأن المحصن مستحق الرجم شرعًا بزناه .

(٣) وقال في الروضة (١٠/١٨٨) : « يجب الهرب ؛ لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي سقطت ، وزالت من موضعها . انظر المشكل (جـ٢ ق ١١٩/أ) . والمصباح المنير (٢/٩٢٢) مادة (ن د ر) .

وإن لم يقدر على السَّلِّ ، فله أن يَضَع السكين في بطنه ، ويَعْصِر أُنثييه . وقيل : لا يجوز إلا أن يَقْصِدَ العُضْوَ الجاني ليندفع . وهو بعيد .

الثالثة : إذا نظر إلى حرم إنسانٍ من صِير الباب [(١)] ، وكوة الدار [(٢)] عمدًا ، فله أن يَقْصد عينيه بحصاةٍ ، أو مَدرة [(٣)] من غير تقديم إنذار . فلو أعماه الرميُ فلا ضمانَ ، وهذا على خلاف تدريج الدفع ، ولكن نَظَرَ رجلٌ إلى رسول الله ﷺ في حجرته منْ صير بابه ، وكان بيده عليه السلام مِدْرًى [(٤)] يحكُّ به رأسه ، فقال : « لو علمتُ أنك /٢٦٠/ب تنظرني ، لطعنتُ بها [(٥)] عينيك » [(٦)] .

وقال القاضي : لابد من تقديم الإنذار على القياس ، والحديث محمول [(٧)] على أنه لو [(٧)] أَصَرَّ على النظر فلم يندفع بالإنذار . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

وعكس صاحبُ « التقريب » وقال : يُسْتدل بهذا على أنَّ الدفْعَ جائزٌ ابتداءً [(٨)] من غير إنذار ، ويَتَأَيَّدُ ذلك بقولنا : إنه يجوز قَتْلُ المرتد بغتةً من غير إمهال وإنذار . والمذهبُ : الفَرْقُ ؛ لأجلِ الحديث ، ولأن النظر إلى الحرم جناية تامة ، فإنَّ ماراَه وانكشف له ، لايَسْتتر باندفاعه بعده ، فللنظرِ هذه الخاصية . لكن لاخلاف أنه بعد

---

(١) صِير الباب : شقّه ، كأنْ يكون بالباب شقوق وفَتَحَاتٌ . انظر المصباح المنير (٥٤١/١) مادة (ص ي ر) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كوة الدار » .

(٣) المَدْرة : طينةٌ يابسةٌ ، وقد يُحْذَف بها كما يفْعل بحصاة الحذف . قاله ابن الصلاح في المشكل (جـ ٢ ق ١١٩/ب) .

(٤) المِدْرى : حديدة كالمسلة يُفرق به الشعر ، ويُسَوَّى .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بهذا » .

(٦) الحديث رواه البخاري (٢٦٠/١١) (٧٩) كتاب « الاستئذان » (١١) باب « الاستئذان من أجل البصر » حديث (٦٢٤١) ، ورواه مسلم (١٦٩٨/٣) (٣٨) كتاب « الآداب » (٩) « تحريم النظر في بيت الغير » حديث (٢١٥٦) . والترمذي (٦١/٢) حديث (٢٧٠٩) جميعا من طرق عن الزهري عن سهل بن سعدٍ مرفوعًا به .

(٧) في (أ) ، (ب) : « على ما لو » .

(٨) كلمة « ابتداء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الاندفاع لاتُقْصَد عَيْنُه بالجناية السابقة ، فكأن المسَلِّط هذه الخاصيةُ مع وجود الجناية .

والصحيحُ : أنه لو استرق السَّمْعَ من كُوّة ، لم تُقصد أُذُنه من غير إنذار ، وإن كان ما سمعه قد فات ولكن أمر الكلام أهونُ من أمر العورات [١] ، وفيه وجه : أنه يلحق به .

وإن كان البابُ مفتوحًا فَنَظَر لم يُقصد ؛ لأن التقصير من ربِّ الدار .

ولا فَرْقَ بين أن يَنْظر في الصير من ملكِ نفسِه ، أو من الشارع ، أو من السطح ، فإنه يُقْصد .

هذا إذا كان في الدار حرم غير متسترات ، فإن لم يكن فثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ للعموم ، ولأن الإنسان قد يكون مكشوف العورة .

والثاني : المنع ؛ إذ أُمِنَ الاطلاع على المستترة ، وعلى الرجال أسهل .

والثالث : أنه يجوز [القصد إن كان في الدار حرم وإن كنّ مستتراتٍ . وإن لم يكن إلا الرجال لم يَجُزْ] [٢] .

ولا خلاف أنه إن كان للناظر حرمٌ في هذه الدار فيصيرذلك شبهة فلا يُقْصَد .

ثم إن لم تحصلِ الشرائطُ وَجَبَ القصاصُ ، وإن حصل [٣] ، فرشَقَه بنشَّابة وَجَبَ القصاصُ ، بل لايترخص إلا في قصد العين بخشبة ، أو مدرة ، أو بندقة ؛ فقد يخطىء ، وقد يُصيب ولا يُعْمِي . وأما الرشقُ فَقَتْلٌ صريحٌ ؛ فلا يجوز .

* * *

(١) في (ب) : « العورة » .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) . وهذا الوجه الثالث هو الأصح . انظر الروضة (١٠/١٩٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن حصلت » .

الباب الثالث

فِيمَا تُتْلِفُه البَهَائِمُ

(وفيه فصلان)

الفصل الأول [١]

أنْ لا يَكُونَ مَعَهَا مَالِكُهَا

فإن انسرحت في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن انسرحت ليلًا : ضمن ؛ بذلك قضى رسول الله ﷺ [٢] إذِ العادةُ حفظُ الدواب ليلًا من مُلَّاكها [٣] ، وحفظُ المزارع نهارًا من أصحابها ، فالمتّبع فيه التقصيرُ .

ولو انعكست العادةُ في موضعٍ انعكس الحكمُ فيهما ؛ للمعنى مِنْ فَرْقِ رسول الله ﷺ [٤] .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) حديث صحيح : رواه أبو داود (٨٢٨/٣) (١٧) كتاب « البيوع والإجارات » (٩٢) باب « المواشي تُفْسِد زَرْعَ قومٍ » حديث (٣٥٦٩) بإسناده إلى محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلتْ حائطَ رجلٍ ، فأفسدتْه عليهم ، فقضى رسولُ الله ﷺ : على أهل الأموال حِفْظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل » . ورواه ابن ماجه (٢/ ٨١) (١٣) كتاب « الأحكام » (١٣) باب « الحكم فيما أفسدته المواشي » حديث (٢٣٣٢) ورواه الدارقطني (١٥٤/٣) جميعًا من طرق عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه مرفوعًا به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٣٧/٢) ورواه مالك في الموطأ (٧٤٧/٢) بلفظ : « فقضى رسولُ الله ﷺ أنَّ على أهلِ الحوائط حِفْظَها بالنهار ، وأنَّ ماأفسدت المواشي بالليل ، ضامنٌ على أهلها » .

والمراد « بالأموال » : الزروع والبساتين . و « الحائط » : عبارة عن النخل المجتمع . وقوله : « فهو ضامنٌ على أهلها » أي : مضمون عليهم ، كقولهم : سِرٌّ كَاتِمٌ ، أي : مكتوم . المشكل (جـ ٢ ق ١١٩/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من مالكها » .

(٤) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث فيما تتلفه البهائم : (وفيه فصلان : الأول : أن لا يكون معها مالكها ، فإن أُسْرِحَتْ في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن أسرحت ليلًا ضمن ، بذلك قضى رسول الله ﷺ ؛ =

وفيه وجه : أنه لا ينعكس ؛ (1 لأن ضبط العادة يَعْسُر 1) ؛ فيُتَّبع الشرع كيفما تقلبت العادات .

= إذ العادةُ حفظُ الدواب ليلًا من ملاكها ، وحفظُ المزارع من أصحابها ، فالمتبع فيه التقصير ، ولو انعكست العادةُ في موضع انعكس العرفُ ، وثبت الحكم فيهما من فرق النبي ﷺ ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ من قوله : (إذ العادة حفظ الدواب) وهو لفظ الخبر رواه أئمة الحديث . وإذا كان كذلك أوهم بذلك أنه ليس له تعليلٌ إلا عرفُ الناس ودليله الخبرُ ، وربما اعْتُقد فيه أنه كان لا يعرف لفظَ الخبر من غيره .

قلت : أمكن أن يقال : لعله أراد بقوله : (إذ العادة حفظ الدواب) بيانًا للخبر حيث قال : (قضى رسول اللّه ﷺ) وكان ما بعده هو الخبر ، ويحتمل أن يكون مراده بقوله : (إذ العادة) تعليلًا آخر ، ومعنى الخبر في قوله : (بذلك قضى رسول اللّه ﷺ) ثم ذكر بعده » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٠ / أ ، ١٨٠ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ووجهه : أن ضبط العادة يعسر » .

فرعان

أحدهما : أن البهائم أيضًا لاتخلو عن الراعي نهارًا ، ولكن يعذرون في الغفلة عنها إذا سرحت بعيدة من المزارع ، فلو سرحها في جوار المزارع مع اتساع المراعي [1] ، فهو مُقَصِّرٌ ؛ فيضمن .

الثاني : لو سرحها ليلًا ، فدخلت البساتين - وأبوابها مفتوحةٌ - لم يضمن ؛ لأن التقصير في البستان من صاحبه ؛ إذْ لم يُغْلق الباب ، والتقصيرُ من ربِّ البهيمة في حقّ المزارع الضاحية .

* * *

(١) في (أ) : « المرعى » .

الفصل الثاني

أن يكون معها مالكها

فيضمن مالك الدابة (1 ما أتلفتْه بيديها 1) إذا خبطت (2) ، وبرجليها (3) إذا رمحت (4) ، وبفِيها إذا عَضَّتْ ، وكذلك كل ما [كان] (5) يُمْكن حفْظُ الدابة عنه من غير انسداد رفق الطرق .

أما الضرر الذي يَنْشأ من رشاش الوحل (6) ، وانتشارِ الغبار إلى الفواكه ، فلا ضمانَ ؛ إذ هو ضرورة الطرق ، ولايمكن المنع منه . نعم ، لو خالف العادةَ بالركض في شِدَّة الوحل ، أو ترك الإبل في الأسواق غير مقطرة ، أو ركب الدابة النَّزِقة التي لا يُرْكَب مِثْلُها إلا في الصحاري : ضمن ؛ لكونه مقصرًا في العادة .

* * *

---

(1) في (أ) ، (ب) : « ما أتلفت بيديها » .

(2) يقال : خبط البعير الأرض بيده ، يعني ضَرَبَهَا . انظر مختار الصحاح ص (١٦٨) مادة (خ ب ط) .

(3) في (أ) ، (ب) : « برجلها » .

(4) يقال : رمحه الفرسُ والحمارُ ، يعني ضربه برجله . انظر مختار الصحاح ص (٢٥٦) مادة (ر م ح) .

(5) زيادة من (أ) ، (ب) .

(6) في (أ) ، (ب) : « الرِّجْل » .

فروع

(**الأول**) :لو أفلتت الدابة ليلًا عن الرباط ، فهو كما لو غَلَبَتْ صاحِبَها ، وقد ذكرناه في باب « الاصطدام » .

(**الثاني**) : لو تخرق ثوبُ إنسانٍ بحطبٍ على دابة ، وهو مقابل ومبصر [١] ووجده منحرفًا فلا ضمان . وإن كان مستدبرًا ، أو ناداه [٢] المالك مُنبِّهًا ، فكمثله . وإن لم يُنَبِّهْهُ ضمن صاحبُ الدابة .

(**الثالث**) : إذا أدخل [٣] الدابة مزرعةً ، فأخرجَها صاحبُ المزرعةِ ، فانسرحت في مزرعةِ غيره : فلا ضمانَ على المُخْرِج . فإن كانت مزرعةً محفوفةً بالزُّرَّاع [٤] فلا يمكن إخراجُه [٥] إلا به فيضمن ؛ إذْ عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة [٦] . ومهما كان رب الدابة مقصرًا ، ولكن مالك الزرع حاضرٌ وقادرٌ على التنفير فلم يَفْعل ، فلا ضمان ؛ إذْ هو المقصِّرُ بِتَرْكِ التنفيرِ في العادة .

(**الرابع**) : الهرة المملوكة إذا قَتَلتْ طَيْرَ إنسانٍ ، أو قلبتْ قِدْره ، ففي وجوب الضمان / على مالكها أربعة أوجهٍ : ٢٦١/أ

أحدها : أنه لاضمان ؛ إذ ماجَرَتِ العادةُ بربْط السنانير ليلًا ونهارًا .

والثاني : يجب ؛ إذ يمكن شدُّ الروازن وغَلْقُ الأبواب حتى لا تخرج [٧] .

---

(١) في (أ)، (ب) : « ويبصر » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وناداه » وهو الصواب .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا دخلت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالمزارع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إخراجها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة) في بعض النسخ (إلى رب البهيمة) أي ليكون هو الذي يخرج بهيمته ويتقلد ذلك . وفي بعض النسخ (على أن يرجع عليه الغرم) وهذا هو المذكور في « النهاية » و « البسيط » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/ب) .

(٧) وهذا هو الأصحُّ ؛ لأنَّ مثل هذه الهرة يَنْبغي أن تربط ويُكَفّ شَرُّها . انظر الروضة (١٩٩/١٠) . =

والثالث : أنها كالدآبة ، يجب حفظها ليلًا لانهارًا [1] .

والرابع : بالعكس ؛ فإن الأطعمة تُصَان بالليل دون النهار .

(الخامس) : الهرة الضارية بالطيور والإفساد ، أو تنجيس الثياب ، قال القاضي : يجوز قَتْلُها في حال سكونها ؛ لأنها التحقت بالفواسق ، فأشبه [2] الذئب الذي لايَحِلُّ اقتناؤه . وقال القفّال : لايحل ؛ لأن هذه ضراوةٌ عارضةٌ على خلاف الجنس ، فتدفع في حال الضراوة فقط [3] .

والكلبُ الضاري كالهرة ، والأَوْلى تَشْبيهُهُ بالذئب .

* * *

= وقال ابن الصلاح : « قوله : (غلق الأبواب) لحنٌ ، وإنما الصواب (إغلاق الأبواب) لأنه رباعي ، وقد قال في ذلك ونحوه شاعرٌ :

ولاأقول لِقِدْرِ القومِ : قَدْ غَلِيَتْ ولا أقول لبابِ الدارِ : مَغْلوق

مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/ب) .

(١) في الأصل : « ليلًا ونهارًا » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٢) في (أ) : « فأشبهت » .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٠/٢٠٠) .

فهرس محتويات المجلد السادس